Semestrale
Anno IX - n. 2-2014
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

18

Diritto e Religioni

Semestrale

Anno IX - n. 2-2014

Gruppo Periodici Pellegrini

CRITERI PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Da questo numero tutti i contributi sono sottoposti a valutazione.

Di seguito si riportano le modalità attuative.

Tipologia – È stata prescelta la via del *referee* **anonimo e doppiamente cieco**. L'autore non conosce chi saranno i valutatori e questi non conoscono chi sia l'autore. L'autore invierà il contributo alla Redazione in due versioni, una **identificabile** ed una **anonima**, esprimendo il suo consenso a sottoporre l'articolo alla valutazione di un esperto del settore scientifico disciplinare, o di settori affini, scelto dalla Direzione in un apposito elenco.

Criteri – La valutazione dello scritto, lungi dal fondarsi sulle convinzioni personali, sugli indirizzi teorici o sulle appartenenze di scuola dell'autore, sarà basata sui seguenti parametri:

originalità;

pertinenza all'ambito del settore scientifico-disciplinare IUS 11 o a settori affini;

conoscenza ed analisi critica della **dottrina** e della **giurisprudenza**;

correttezza dell'impianto metodologico;

coerenza interna formale (tra titolo, sommario, e *abstract*) e sostanziale (rispetto alla posizione teorica dell'autore);

chiarezza espositiva.

Doveri e compiti dei valutatori – Gli esperti cui è affidata la valutazione di un contributo:

– trattano il testo da valutare come confidenziale fino a che non sia pubblicato, e distruggono tutte le copie elettroniche e a stampa degli articoli ancora in bozza e le loro stesse relazioni una volta ricevuta la conferma dalla Redazione che la relazione è stata ricevuta;

– non rivelano ad altri quali scritti hanno giudicato; e non diffondono tali scritti neanche in parte;

– assegnano un punteggio da 1 a 5 – sulla base di parametri prefissati – e formulano un sintetico giudizio, attraverso un'apposita scheda, trasmessa alla Redazione, in ordine a **originalità, accuratezza** metodologica, e **forma** dello scritto, giudicando con obiettività, prudenza e rispetto.

Esiti – Gli esiti della valutazione dello scritto possono essere: (a) non pubblicabile; (b) non pubblicabile se non rivisto, indicando motivamente in cosa; (c) pubblicabile dopo qualche modifica/integrazione, da specificare nel dettaglio; (d) pubblicabile (salvo eventualmente il lavoro di *editing* per il rispetto dei criteri redazionali). Tranne che in quest'ultimo caso l'esito è comunicato all'autore a cura della Redazione, nel rispetto dell'anonimato del valutatore.

Riservatezza – I valutatori ed i componenti della Direzione, del Comitato scientifico e della Redazione si impegnano al rispetto scrupoloso della

riservatezza sul contenuto della scheda e del giudizio espresso, da osservare anche dopo l'eventuale pubblicazione dello scritto. In quest'ultimo caso si darà atto che il contributo è stato sottoposto a valutazione.

Valutatori – I valutatori sono individuati tra studiosi fuori ruolo ed in ruolo, italiani e stranieri, di chiara fama e di profonda esperienza del settore scientifico-disciplinare IUS 11 o che, pur appartenendo ad altri settori, hanno dato ad esso rilevanti contributi.

Vincolatività – Sulla base della scheda di giudizio sintetico redatta dai valutatori il Direttore decide se pubblicare lo scritto, se chiederne la revisione o se respingerlo. La valutazione può non essere vincolante, sempre che una decisione di segno contrario sia assunta dal Direttore e da almeno due componenti del Comitato scientifico.

Eccezioni – Il Direttore, o il Comitato scientifico a maggioranza, può decidere senza interpellare un revisore:

– la pubblicazione di contributi di autori (stranieri ed italiani) di riconosciuto prestigio accademico o che ricoprono cariche di rilievo politico-istituzionale in organismi nazionali, comunitari ed internazionali anche confessionali;

– la pubblicazione di contributi già editi e di cui si chieda la pubblicazione con il permesso dell'autore e dell'editore della Rivista;

– il rifiuto di pubblicare contributi palesemente privi dei necessari requisiti di scientificità, originalità, pertinenza.

Direzione:
Cosenza 87100 - Luigi Pellegrini Editore
Via Camposano, 41 (ex via De Rada)
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli 80133- Piazza Municipio, 4
Tel. 081 5510187 - 80133 Napoli
E-mail: martedes@unina.it

Redazione:
Cosenza 87100 - Via Camposano, 41
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli 80134 - Facoltà di Giurisprudenza
I Cattedra di diritto ecclesiastico
Via Porta di Massa, 32
Tel. 081 2534216/18
E-mail: mariadarienzo@libero.it

Abbonamento annuo 2 numeri:
per l'Italia, € 75,00
per l'estero, € 120,00
un fascicolo costa € 40,00
i fascicoli delle annate arretrate costano € 50,00
Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:
Luigi Pellegrini Editore
Via De Rada, 67/c - 87100 Cosenza
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it
Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:
– versamento su conto corrente postale n. 11747870
– assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.
Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno. Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri arretrati. Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo. Decorso tale termine, si spediscono solo contro rimessa dell'importo.
Per cambio di indirizzo allegare alla comunicazione la targhetta-indirizzo dell'ultimo numero ricevuto.

La collaborazione è aperta a tutti gli studiosi, ma la Direzione si riserva a suo insindacabile giudizio la pubblicazione degli articoli inviati.
Gli autori degli articoli ammessi alla pubblicazione, non avranno diritto a compenso per la collaborazione. Essi riceveranno n. 2 fascicoli gratuti della rivista. Possono ordinare estratti a pagamento.
Manoscritti e fotografie, anche se non pubblicati, non saranno restituiti.
Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.
Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01
ISSN 1970-5301

INDICE

Parte I

Parte II

Parte III

Letture

Recensioni

Diritto e religioni

PARTE I

Ancora sulla "questione della proprietà ecclesiastica": il caso della chiesa di San Silvestro in Troina

Andrea Bettetini

1. *Il quesito*

La chiesa di San Silvestro in Troina (Enna, diocesi di Nicosia) fu edificata sul sito dove fu trovato il corpo di San Silvestro nel XIV secolo. Oggi, dopo un lungo travaglio di cui si darà conto in questo scritto, essa insiste ancora nel medesimo luogo; tuttavia è incerto chi sia il soggetto proprietario di quella che fu una "regia ecclesia"[1] (nella scheda di censimento del bene conservata presso la C.E.I., alla voce "Localizzazione Catastale", essa risulta ufficialmente come "Edificio da accatastare"[2], e chiesa sussidiaria della parrocchiale di Maria Santissima del Carmelo).

2. *Il quadro normativo relativo al quesito. La proprietà dell'edificio ecclesiale*

Un edificio di culto può appartenere a un ente ecclesiastico (diocesi, parrocchia, ente chiesa, capitolo, istituto di vita consacrata, confraternita, seminario o altro ente); a un ente pubblico (come il Fondo edifici di culto, o un Comune); a una persona giuridica privata; o a una persona fisica.

Nel caso in cui il soggetto proprietario della chiesa sia diverso dalla comunità di fedeli che ne ha l'uso e vi celebra la liturgia, il che si verifica quando il proprietario è una persona fisica o un ente non ecclesiastico, è conveniente

---

[1] Sull'arco trionfale della navata centrale si legge:
REGIAM. BASILICAM.QUAM.DIVO.SILVESTRO.
PUBBLICA PIETAS. EREXIT.
TEMPORIS.VETUSTATE.COLLAPSAM.
FERDINANDI. IV. PII. FEL. AUG.
MUNIFICENTIA. RESTAURAVIT. A. D. MDCCCV

[2] http://www.chieseitaliane.chiesacattolica.it/chieseitaliane/schedaca.jsp?sercd=16423.

che le parti stipulino una convenzione per la concessione in uso dell'edificio di culto che ne determina le condizioni[3]. Se infatti da un lato il proprietario non può sottrarre l'edificio alla destinazione di culto, a norma dell'art. 831 c.c.; d'altro lato, spetta all'autorità ecclesiastica la regolamentazione dell'esercizio e della cura del culto, sì da non essere ipotizzabile che il proprietario dell'edificio abbia la responsabilità del culto[4].

Nell'ordinamento canonico precedente al codice di diritto canonico del 1983, tutte le chiese legittimamente dedicate al culto divino tramite consacrazione o benedizione erano persone morali per disposizione stessa del diritto. La chiesa cioè diveniva persona giuridica canonica con il solo rito della dedicazione, senza necessità di un formale decreto[5]. La nuova normativa canonica prevede invece che le nuove chiese siano persone giuridiche pubbliche se erette come tali mediante decreto dell'autorità ecclesiastica. Vi sono chiese che hanno come funzione pastorale prevalente la celebrazione della liturgia da parte di una parrocchia o altra persona giuridica pubblica. Tali chiese si dicono annesse a una persona giuridica[6]. Altre chiese invece, denominate rettorie (can. 556), sono destinate al culto pubblico per i fedeli di tutta la diocesi. La loro finalità pastorale specifica è determinata dal Vescovo, e può anche ricomprendere funzioni sostanzialmente parrocchiali[7]. Le rettorie debbono essere erette in persona giuridica canonica pubblica[8].

L'art. 11 della l. 222 del 1985 stabilisce che le chiese annesse ad altra persona giuridica che sia riconosciuta come ente ecclesiastico non possono in futuro essere riconosciute civilmente. Specificamente, con l'acquisto da parte dell'ente parrocchia della personalità giuridica a norma dell'art. 29 della l. 222 del 1985, si è estinta[9], se esistente, la personalità giuridica della chiesa parrocchiale, e il suo patrimonio è stato trasferito alla parrocchia, che

---

[3] *Cfr.* C.E.I., *Istruzione in materia amministrativa* 2005, par. 125, comma 2.

[4] *Cfr.* Venerando Marano, *La proprietà*, in *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, a cura di Daniele Persano, Vita e Pensiero, Milano, 2008, pp. 37-56.

[5] Can. 99 CIC 17. Ma si vedano anche can. 471; 485; 1183, § 1; 1298, § 1; 1535-1536. In tema, Tommaso Mauro, *La personalità giuridica degli enti ecclesiastici*, Città del Vaticano 1945, p. 69; Henri Wagnon, *Églises*, in *Dictionnaire de droit canonique*, t. V, Paris 1953, col. 171-211 (192-196 in partic.).

[6] Si *Cfr.* altresì Conferenza Episcopale Italiana. Comitato per gli enti e i beni ecclesiastici e per la promozione del sostegno economico alla Chiesa Cattolica, *Risposta al quesito circa la nozione giuridica di chiesa nell'ordinamento canonico* dell'8 giugno 1998 (in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 1999, p. 494-496), ai sensi della quale "l'ente chiesa può essere eretto anche quand'esso non abbia il diritto di proprietà sull'edificio sacro; mentre appare ovvio che lo stesso ente non può esistere senza che si dia in ogni caso, come substrato, un edificio dedicato al culto secondo le norme liturgiche".

[7] Can. 558 e 560.

[8] Si veda anche C.E.I., *Istruzione in materia amministrativa* 2005, par. 134.

[9] A mente dell'art. 30 L. 222 del 1985.

succede all'ente estinto in tutti i rapporti attivi passivi. Quanto detto per la parrocchia vale per l'estinzione di chiese cattedrali e il trasferimento dei loro patrimoni alle rispettive diocesi, qualora l'autorità ecclesiastica abbia adottato i relativi provvedimenti canonici[10]. Pertanto, la chiesa cattedrale che non ha personalità giuridica è da considerare annessa all'ente diocesi, ed è retta e amministrata personalmente dal Vescovo diocesano. La chiesa cattedrale con personalità giuridica propria è invece un ente a sé stante, con propria amministrazione distinta da quella di altre persone giuridiche (es. diocesi, capitolo, parrocchia), e può essere retta e amministrata dal capitolo cattedrale, da un rettore, dal Vescovo diocesano[11].

Le altre chiese non annesse a un altro ente ecclesiastico possono essere riconosciute come enti ecclesiastici se aperte al culto pubblico, e purché siano fornite dei mezzi sufficienti per la manutenzione e l'officiatura, come richiede la loro natura di enti essenzialmente fondazionali.

L'art. 11 della L. 222 del 1985 ha contribuito a eliminare ogni dubbio che poteva suscitare l'interpretazione dell'art. 29, lett. *a* del Concordato dell'11 febbraio 1929. Infatti questo prevedeva che potessero essere riconosciute come enti ecclesiastici, oltre alle chiese che non furono private della personalità dalle leggi eversive risorgimentali, anche "le chiese pubbliche aperte al culto", ma prive di personalità, o perché mai l'avessero avuta, oppure perché appartenenti agli enti ecclesiastici soppressi.

Pertanto, l'interpretazione comune[12] era nel senso che una chiesa potesse essere riconoscibile solo quando fosse di proprietà pubblica, e non anche quando fosse di proprietà di un privato che, attraverso la *deputatio ad cultum*, l'avesse destinata al culto pubblico ai sensi dei can. 1154 e 1161 del Codice di diritto canonico del 1917.

Ma ora, superata ogni contraria interpretazione, il riconoscimento dell'ente giuridico chiesa prescinde dalla proprietà dell'edificio sacro[13], e

---

[10] *Cfr*. art. 30 L. 222 del 1985.

[11] Peraltro, le chiese con personalità giuridica (cattedrali, rettorie, santuari) che hanno una fabbriceria sono amministrate, in deroga ai can. 1279 e 1280 (i quali prevedono il Vescovo o il rettore come amministratore unico dell'ente chiesa, coadiuvato dal consiglio per gli affari economici), dal consiglio di fabbrica, fermo restando che il Vescovo o il rettore hanno la rappresentanza legale dell'ente chiesa cattedrale o rettoria, e che il consiglio non ha alcuna ingerenza nei servizi di culto.

[12] Si veda, Consiglio di Stato, Sez. I, 14 gennaio 1958, n. 2096, in *Il Consiglio di Stato* 1958, I, p. 1570-1571. Si veda anche Mario Petroncelli, *Destinazione al culto e disponibilità dell'edificio di culto da parte del proprietario*, in *Diritto e giurisprudenza,* 1953, pp. 102 e ss. Ma *contra*, Vincenzo Del Giudice, *Manuale di diritto ecclesiastico,* VIII ed., Giuffrè, Milano, 1955, pp. 229-231; Giuseppe Forchielli, *Il diritto patrimoniale della Chiesa,* Padova 1935, pp. 99-101.

[13] Sulla questione (risolta in modo positivo) se nell'ordinamento canonico possa esistere l'ente chiesa senza che il medesimo sia proprietario dell'edificio di culto, cfr. Comitato per gli enti e i beni

un privato ben può essere proprietario di un edificio di culto riconoscibile come ente ecclesiastico, e del quale non perde la proprietà ancorché questo divenga persona giuridica[14]. Tuttavia, tale suo diritto di proprietà risulta compresso, poiché la *deputatio ad cultum* ne determina una destinazione sulla quale egli non ha alcuna possibilità di intervento, essendo questa di competenza dell'autorità ecclesiastica. Fermo restando, come giustamente osservato, che il diritto di proprietà, per la sua assolutezza ed elasticità, tende a riespandersi ogniqualvolta la facoltà di godimento del titolare del bene non sia in contrasto con le essenziali esigenze di culto[15].

3. *La chiesa di San Silvestro in Troina nel suo sviluppo storico-giuridico*

Il giorno 11 luglio 1436 fu concessa la chiesa di San Silvestro da Mons. Bartolomeo De Gactolis, Arcivescovo di Messina del tempo, alla locale Fratellanza di San Silvestro. Specificamente essa fu concessa "*de iure patronatus*"[16].

Il 22 maggio 1606, per rogito del notaio Nicolò Filippo Barone, gli economi e procuratori della confraternita di San Silvestro, con il consenso dei confrati, nominarono come cappellani i religiosi Basiliani della locale abbazia di San Michele Arcangelo "il vecchio". Ai monaci dimoranti nella chiesa, che potevano essere esclusivamente cittadini di Troina secondo il modello proprio delle chiese ricettizie, era concessa in uso un'abitazione sino a quando non avessero edificato le loro dimore[17]. Tuttavia, già dal 1622 tutti i monaci Basiliani del diruto tempio di Sant'Elia ottennero l'autorizzazione per trasferirsi nella nuova sede presso la chiesa di San Silvestro.

Nel 1625 la chiesa fu inglobata dalla costruzione del nuovo tempio edi-

---

ecclesiastici e per la promozione del sostegno economico alla Chiesa Cattolica, *Risposta al quesito circa la nozione giuridica di chiesa nell'ordinamento canonico* dell'8 giugno 1998.

[14] Si veda tuttavia, in senso contrario, nel senso cioè che per il riconoscimento di un ente chiesa sia sempre necessario che l'edificio di culto sia di proprietà dell'ente da riconoscere, Consiglio di Stato, Sez. I, 10 novembre 1993, n. 1132.

[15] Francesco Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, XI ed. a cura di Gaetano Lo Castro e Andrea Bettetini, Zanichelli, Bologna, 2012, pp. 355-357; Luigi Scavo Lombardo, *Aspetti del vincolo civile protettivo della "deputatio ad cultum publicum"*, in *Il diritto ecclesiastico* 61 (1950), pp. 250-292.

[16] Fr. Giacinto da Troina, OFM Cap., *Vita di San Silvestro da Troina monaco dell'Ordine di San Basilio Magno. Nella quale per molte riflessioni si scorge quanto operi la divina grazia in un'Anima che si fa trovare disposta per coltivarla, e quanto gran torto abbino li Cristiani, che non corrispondono alli di lei influssi*, Messina 1734, p. 292.

[17] Archivio Chiesa Madre di Troina, lettera 13 gennaio 1662, XV indizione, diretta al canonico vicario foraneo di Troina, don Antonino Barone.

ficato dai Basiliani, con annesso monastero. Dopo il terremoto del 1693 il complesso fu ricostruito grazie al concorso economico della Confraternita di San Silvestro.

Essa non compare come beneficio di patronato regio nella *Relación de Provisiones eclesiásticas del Real Patronato en el Reyno de Sicilia*, datata 18 gennaio 1681 e redatta dal razionale del Conservatore del Real Patrimonio, Carlos Maldonado[18]. Vi appare invece l'abbazia intitolata a San Michele Arcangelo "il vecchio"[19].

La chiesa di San Silvestro –non contemplata in tale relazione di natura contabile- era comunque chiesa di regio patronato[20], seppur senza patrimonio feudale e senza rappresentanza nel braccio ecclesiastico del Parlamento del Regno[21]. I beni della chiesa, e la chiesa stessa, erano stati pertanto incamerati dalla Real Casa, sebbene l'amministrazione fosse lasciata al "Procuratore laico"[22]. Specificamente, le sue rendite erano amministrate da una Deputazione speciale composta dall'Arciprete, dal Sindaco p.t., e da un delegato della Curia finanziaria, cui subentrò, ai sensi del Decreto 3 giugno 1833, l'Economato regio generale dei benefici vacanti per le Provincie siciliane.

Con le leggi di soppressione delle corporazioni religiose (l. 29 maggio 1855; 7 luglio 1866; 15 agosto 1867) estese dai Savoia ai territori del conquistato Regno delle Due Sicilie, la chiesa, espulsi i Basiliani (1866), fu chiusa al culto, e adibita a cimitero provvisorio, prima per i morti dell'epidemia di colera del 1867; quindi per alcuni confrati della Confraternita di San Silvestro.

Essa, a differenza, dell'annesso monastero, non fu comunque espropriata, e quindi non rientrò nel patrimonio dello Stato. Per quanto, in linea

---

[18] Archivo histórico Nacional, Estado, libro 521-d.

[19] *Ibid.,* c. 41 r.

[20] Archivio notarile distrettuale di Nicosia, atto del 24 febbraio 1784 innanzi al notaio Placido Zinnari in Troina, ove si riporta una lettera del 30 dicembre 1756 di Carlo di Borbone, poi reiterata e confermata il 20 agosto 1783 da Ferdinando di Borbone re di Napoli e re di Sicilia, in cui si afferma che "dobbiate riconoscere e trattare la suaccennata Chiesa di San Silvestro come Regia ed al suo Real Patronato soggetta". *Cfr.* altresì in dottrina Sebastiano Messina, *Aspetti e problemi intorno al culto di san Silvestro da Troina monaco basiliano (sec. XVI-XIX)*, in *San Silvestro e la Civitas Vetustissima. Aspetti agiografici e memorie storiche*, Troina, 2008, p. 34.

[21] *Cfr.* Fabrizio D'Avenia, *La feudalità ecclesiastica nella Sicilia degli Asburgo: il governo del regio patronato (secoli XVI-XVII)*, in *Feudalità laica e feudalità ecclesiastica nell'Italia Meridionale*, Associazione Mediterranea, Palermo, 2011, p. 275-277.

[22] Lettera di supplica del 1 agosto 1783 del Procuratore della Confraternita di San Silvestro della Città di Troina al Supremo Tribunale del Real Patrimonio, in Archivio notarile distrettuale di Nicosia, atto del 24 febbraio 1784 innanzi al notaio Placido Zinnari in Troina.

teorica, la chiesa si sarebbe dovuta considerare pertinenza del monastero, e quindi ne avrebbe dovuto seguire la condizione giuridica, in realtà la chiesa di san Silvestro non fu indemaniata, permanendo in una situazione giuridicamente incerta per quanto concerne il titolo di proprietà. Se invero fosse stata una chiesa conventuale in senso stretto, avrebbe dovuto seguire la sorte giuridica della *res principalis*, e quindi del monastero di cui formava parte integrante.

È allora ipotizzabile, nel caso, che vi sia stato un episodio, non infrequente nell'incerta situazione giuridica dell'epoca soprattutto in Sicilia, di rilevanza civile del diritto canonico, ossia in questa ipotesi il diritto della Chiesa ha finito per prevalere nella realtà effettuale su quello dello Stato; e specificamente, anteriormente alla soppressione della comunità religiosa basiliana e della dipendente casa, è da ipotizzare che la chiesa non formasse parte integrante dell'ente, ma fosse identificabile un differente soggetto di diritto con personalità autonoma rispetto al monastero, e che pertanto la qualità di ente proprietario del "*locus consecratus et parietibus circumdatus*" fosse propria o della chiesa stessa (come ricordato, nel diritto canonico precedente al codice del 1983, tutte le chiese legittimamente dedicate al culto divino tramite consacrazione o benedizione erano persone morali per disposizione stessa del diritto) o di un altro soggetto, anche "*in dominio privatorum*". Non riscontrandosi documenti che attestino il diritto di proprietà di terzi sull'edificio, è da ritenere che la chiesa, persona giuridica "*ex ipso iure praescripto*", fosse l'ente proprietario dell'edificio.

Sta di fatto, come si evince da un Deliberato del 1899[23], che il Demanio espropriò il fabbricato del monastero e i relativi beni, ma "rispettò la chiesa, ed i pochi suoi redditi in pro della Cittadinanza Troinese che l'aveva rifabbricata".

La chiesa nel 1885 fu riaperta al culto ai sensi della l. 11 agosto 1870, n. 5784 nel suo combinato disposto con l'art. 18 della l. 7 luglio 1866, su istanza dell'Arciprete al Sottoprefetto di Nicosia e conforme delibera della Giunta comunale[24].

---

[23] Deliberato n. 1161 del 18 dicembre 1899, *Ricostruzione della Chiesa del Patrono San Silvestro. Domanda per sussidio*, in AST, Amministrazione unitaria, Deliberazioni del Consiglio, vol. XIII, c. 9 v.

[24] Deliberato n. 5 del 6 marzo 1885, in AST, Amministrazione unitaria, deliberazioni della Giunta, vol. VII, cc. 3 v. - 4 v. Si veda altresì, per quanto di ragione, Cass. Roma, 28 gennaio 1881, in *Foro it.* 1881, I, c. 132, per cui non bastava la mera tolleranza dell'autorità governativa a far ritenere legalmente conservata al culto una chiesa appartenente a un ente soppresso, ma si richiedeva a tal fine un atto non equivoco che manifestasse la volontà del governo di conservare la chiesa al culto pubblico.

Durante i bombardamenti della II guerra mondiale crollò la volta della chiesa, che fu poi ricostruita nella sua odierna forma.

La configurazione giuridica canonica attuale della chiesa[25] è quella di sussidiaria della Chiesa di Maria Santissima del Carmelo, la quale a sua volta fu eretta in parrocchia con bolla del Vescovo di Nicosia del 24 aprile 1949, e in persona giuridica civile, quale ente ecclesiastico, con D.P.R. 24 aprile 1950, ai sensi degli art. 29, lett. a del Concordato dell'11 febbraio 1929 (l. 27 maggio 1929, n. 810); 4 della l. 27 maggio 1929, n. 848; e 10 del Regolamento approvato con R.D. 2 dicembre 1929, n. 2262.

4. *Conclusioni*

Da quanto sopra relato, si evince che la chiesa di San Silvestro in Troina, in quanto sussidiaria della chiesa di Maria Santissima del Carmelo[26], è una chiesa pubblica, in cui si esercita la cura delle anime con il consenso dell'autorità diocesana, per il bene dei fedeli, per la particolare devozione che questi hanno per un luogo, un'immagine o un santo (nel caso, San Silvestro)[27].

Non essendo dotata di personalità giuridica autonoma, ai sensi dell'art. 11 della l. 222 del 1985 essa è da considerare annessa, e quindi proprietà, della chiesa parrocchiale di Maria Santissima del Carmelo.

Come sopra ricordato (§ 2), si tratta di un'ipotesi in cui il soggetto proprietario della chiesa (parrocchia di Maria Santissima del Carmelo) è diverso dalla comunità di fedeli che ne ha l'uso e vi celebra la liturgia (Venerabile Confraternita di San Silvestro Monaco Basiliano), ed è pertanto conveniente, ai sensi del par. 125, comma 2 dell'*Istruzione in materia amministrativa* del 2005 della Conferenza Episcopale Italiana, che le parti stipulino una convenzione per la concessione in uso dell'edificio di culto che ne determini altresì le condizioni.

Tale convenienza diviene necessità nel momento in cui si considera in prospettiva storico-giuridica il legame essenziale che unisce da sei secoli la Confraternita di San Silvestro all'edificio di culto dedicato al medesimo Santo di Troina. È invero palese dalla ricostruzione sopra riportata (§ 2) che il culto è stato *ab immemorabili* ora moderato direttamente dalla Confraternita, ora gestito in accordo con essa, e che pertanto questa lunga pia tradizio-

[25] http://www.chieseitaliane.chiesacattolica.it/chieseitaliane/schedaca.jsp?sercd=16423

[26] *Cfr.* altresì http://www.parrocchiamariassdelcarmelo.it/stsilvestro.php

[27] Henri Wagnon, *Églises* in *Dictionnaire de Droit Canonique*, t. V, Paris 1953, col.171-211.

ne può e deve inserirsi appieno nella vita parrocchiale e diocesana, ai sensi del n. 69 del *Direttorio su pietà popolare e liturgia. Principi e orientamenti*, emanato nel 2002 dalla Congregazione per il culto divino e la disciplina dei sacramenti[28].

---

[28] "Soggetto ugualmente importante della pietà popolare sono pure le confraternite e altre pie associazioni di fedeli. Tra i loro fini istituzionali, oltre all'esercizio della carità e all'impegno sociale, è la promozione del culto cristiano: verso la Trinità, verso Cristo e i suoi misteri, la beata Vergine, gli Angeli, i Santi e i Beati, nonché il suffragio per le anime dei fedeli defunti.
(…) La Chiesa riconosce le confraternite e conferisce loro personalità giuridica, ne approva gli statuti e ne apprezza le finalità e l'attività cultuale. Richiede tuttavia che questa, evitando ogni forma di contrapposizione o di isolamento, sia saggiamente inserita nella vita parrocchiale e diocesana".

La procedura per lo scioglimento del matrimonio non sacramentale in favorem fidei

Federico Gravino

1. *Le fattispecie secondo le Norme* Potestas Ecclesiae

Nato per tutelare coloro che si convertivano alla Chiesa cattolica e volevano poi sposarsi con chi già era battezzato ma vivevano in territori in cui non era possibile professare liberamente la propria fede, l'istituto dello scioglimento del matrimonio non sacramentale *in favorem fidei* ancora oggi si erge a baluardo della libertà religiosa di chi, già sposato ma convertitosi e ricevuto il battesimo, intenda passare a nuove nozze con una parte che consenta di esercitare liberamente i dettami della propria fede.

È, dunque, un istituto che consente di promuovere la più ampia libertà religiosa dei fedeli[1], specie all'interno della nostra società[2] che si va facendo sempre più piccola[3] e sempre più caratterizzata da multietnicità e multireligiosità[4], rendendo le unioni che ne scaturiscono un'occasione propizia e pri-

---

[1] Cfr. Alessandro Ferrari, *Una libertà per due? Oltre l'incommensurabilità, per un diritto di libertà religiosa mediterraneo*, in Aa.Vv., *Diritto e religione nell'Islam mediterraneo. Rapporti nazionali sulla salvaguardia della libertà religiosa: un paradigma alternativo?*, a cura di Alessandro Ferrari, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 7 ss.; Barbara Ghiringhelli, *Coppie miste, coppie cristiano-islamiche. Quando l'integrazione è a tre livelli: coppia, famiglia e comunità, società e istituzioni*, in Aa.Vv., *Islam e integrazione in Italia*, a cura di Antonio Angelucci, Maria Bombardieri, Davide Tacchini, Marsilio Editore, Venezia, 2014, p. 149 ss.

[2] Cfr. Luciano Musselli, Mario Tedeschi, *Manuale di diritto canonico*, Monduzzi, Bologna, 2006, p. 232 ss., i quali evidenziano che la materia è diventata di grande attualità anche in Italia per il moltiplicarsi dei matrimoni misti, compresi quelli celebrati con dispensa dall'impedimento di disparità di culto e, in particolare, di quelli islamo-cristiani, matrimoni che non raramente sfociano in separazioni e divorzi.

[3] Cfr. Joseph Ratzinger, *Fede, verità, tolleranza. Il Cristianesimo e le religioni del mondo*, Cantagalli, Siena, 2005, p. 7 ss.

[4] Cfr. Antonio Fuccillo, Raffaele Santoro, *Giustizia, diritto, religioni. Percorsi nel diritto ecclesiastico civile* vivente, Giappichelli, Torino, 2014, p. 1 ss.; Mario Tedeschi, *Multireligiosità e reazione*

vilegiata e trasformando la famiglia in un interessante laboratorio interculturale[5]. D'altronde, lo stesso ordinamento canonico si contraddistingue per una certa "apertura"[6] sia verso gli uomini, affinchè siano accolti tutti senza alcuna discriminazione[7], sia verso gli altri ordinamenti, per la creazione di un costruttivo dialogo con essi, anche alla luce del fine ultimo che consente di comprendere il diritto della Chiesa, la *salus animarum*[8] , "strumento infallibile per penetrare l'essenza di numerosi istituti e fenomeni tipicamente canonistici"[9].

La forma di scioglimento del matrimonio in esame è disciplinata dalle Norme *Potestas Ecclesiae*, approvate da Giovanni Paolo II il 16 febbraio 2001 ed emanate dalla Congregazione per la Dottrina della Fede il 30 aprile 2001, nella memoria di S. Pio V. Esse, tuttavia, non sono state pubblicate negli *Acta Apostolicae Sedis*, ma sono state spedite direttamente agli Ordinari dei luoghi per evitare il pericolo che i mass-media presentassero la Chiesa come favorevole verso la prassi divorzile[10].

Le norme vigenti sono introdotte da una prefazione storico-giuridica, in cui si presenta la storia del privilegio paolino e dello scioglimento in favore della fede, per poi dividersi in due parti, chiaramente distinte in norme sostanziali e norme procedurali. Parte della dottrina[11] obietta che tale divisione non è necessaria visto che, eccetto l'art. 1, tutte sono norme di natura procedurale, anche se alcune stabiliscono requisiti e condizioni per poter procedere; altri, invece, sostengono l'utilità di una simile divisione distinguendo chiaramente tra le condizioni costitutive e pastorali e la fase istruttoria del

---

giuridica: contributi congressuali, in AA.VV., *Multireligiosità e reazione giuridica*, a cura di ANTONIO FUCCILLO, Giappichelli, Torino, 2008, p. 11 ss.

[5] Cfr. STEFANO ALLIEVI, *Doppio misto. Le coppie interetniche in Italia*, in *Il Mulino*, 1997, p. 966 ss.; BARBARA GHIRINGHELLI, *Coppie e matrimoni islamo-cristiani: questioni culturali e pastorali*, in AA.VV., *Chiesa e Islam in Italia. Esperienze e prospettive di dialogo*, a cura di ANDREA PACINI, Paoline, Milano, 2008, p. 214 ss.; circa i profili interculturali della famiglia, cfr. MARIO RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012, p. 335 ss.

[6] Cfr. SALVATORE BERLINGÓ, MARTA TIGANO, *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 59 ss.

[7] Cfr. FRANCESCO CATOZZELLA, *Il matrimonio: i canoni preliminari*, in AA.VV., *Manuale di diritto canonico*, a cura di MANUEL JESUS ARROBA CONDE, Lateran University Press, Roma, 2014, p. 185 ss.

[8] Cfr. PIERO PELLEGRINO, *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 7 ss.

[9] PIO FEDELE, *Discorso generale su l'ordinamento canonico*, Cedam, Padova, 1974, p. 30 ss.

[10] Cfr. ANDRÉS CORSINO ÁLVAREZ-CORTINA, HÉCTOR FRANCESCHI, DOLORES GARCÌA HERVÁS, CARMEN GARCIMARTÌN, JOAQUÌN MANTECÓN, MIGUEL ÁNGEL ORTIZ, *Manual de Derecho Matrimonial Canónico*, Colex, Madrid, 2002, p. 273 ss.

[11] Cfr. JANUSZ KOWAL, *Lo scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, LEV, Città del Vaticano, 2005, p. 450 ss.

processo nello stato diocesano, anche se persiste una certa conformità sia con la regolamentazione precedente a riguardo, sia con le analoghe norme emanate dalla Congregazione per la Dottrina della Fede nel passato e anche recentemente[12].

Resta, inoltre, acquisita e indiscussa la competenza della Chiesa sulla potestà e sull'esercizio di essa nelle fattispecie di scioglimento per privilegio petrino e in favore della fede[13]: il Pontefice ha tale autorità in forza della potestà vicaria, ovvero potestà ministeriale[14]. I teologi e i canonisti[15] hanno cercato in vario modo di illustrare la natura di questa potestà particolare: ad esempio, riconducendola al ruolo specifico di Vicario di Cristo che il Romano Pontefice svolge oltre a quello di Vescovo di Roma e di Capo della Chiesa[16]; ovvero riportandola alla potestà sacra annessa per sé all'ufficio episcopale, ma limitata nel suo esercizio concreto dal Pontefice in forza del diritto inerente al suo ufficio e in vista di un'utilità comune, come ad esempio la unitarietà della prassi relativa a una determinata funzione. La questione dottrinale è ancora aperta: è sufficiente ricordare, tuttavia, che il vigente ordinamento canonico riconosce solo al Pontefice una competenza attiva nello scioglimento di matrimoni *in favorem fidei*, ragion per cui l'esercizio di questa facoltà, in alcuni casi, viene anche denominato privilegio petrino[17].

La Parte I delle Norme disciplina gli aspetti sostanziali che sottendono lo scioglimento *in favorem fidei*. L'art. 1 indica le condizioni, richieste *ad validitatem*[18], che rendono valido lo scioglimento del matrimonio non sacramentale: "*II matrimonio contratto dalle parti, delle quali almeno una non sia battezzata, può essere sciolto dal Romano Pontefice in favore della fede, purché il matrimonio stesso non sia stato consumato dopo che ambedue i coniugi hanno ricevuto il battesimo*". Esse sono: l'assenza del battesimo di almeno uno dei coniugi durante tutto il tempo della vita coniugale, il che consente

---

[12] Cfr. Luigi Sabbarese, Elias Frank, *Scioglimento in favorem fidei del matrimonio non sacramentale*, UUP, Città del Vaticano, 2010, p. 41 ss.

[13] Cfr. Robertus Rubiyatmoko, *Competenza della Chiesa nello scioglimento del vincolo del matrimonio non sacramentale. Una ricerca sostanziale sullo scioglimento del vincolo matrimoniale*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1998, p. 190 ss.

[14] Cfr. Paolo Moneta, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, ECIG, Genova, 1998, p. 240 ss.

[15] Cfr. Andrea Migliavacca, *Procedimenti amministrativi per lo scioglimento del vincolo coniugale*, in Aa.Vv., *I giudizi nella Chiesa. Processi e procedure speciali*, a cura del GIDDC, Glossa, Milano, 2008, p. 155 ss.; Giuseppe Dalla Torre, *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 191 ss.

[16] Cfr. Felice Cappello, *De Matrimonio*, V, Marietti, Roma, 1950, p. 750 ss.

[17] Cfr. Paolo Bianchi, *Matrimoni misti e scioglimento di matrimonio: l'art. 47 del decreto generale CEI sul matrimonio canonico*, in Quaderni di diritto ecclesiale, 1992, p. 315 ss.

[18] Cfr. Pietro Amenta, *Le procedure in materia di matrimonio canonico: storia, legislazione e prassi*, LEV, Città del Vaticano, 2008, p. 90 ss.

lo scioglimento del matrimonio per dispensa pontificia poiché esso manca del carattere sacramentale[19]; la non consumazione del matrimonio[20] nel caso in cui la parte non battezzata, o entrambi i coniugi non battezzati, abbia ricevuto il battesimo.

Le condizioni in esame, sia nelle Norme del 1934 che in quelle del 1973, erano indicate come condizioni *sine qua non*; nelle Norme del 2001, invece, è usata la congiunzione "*dummodo*", da interpretare secondo il can. 39 come condizioni essenziali per la validità.

Probabilmente, la formula precedente era più chiara e più idonea a far rilevare meglio l'assoluta necessità delle due condizioni, mentre quella attuale è più densa e tecnica. Ad ogni modo, si tratta di due condizioni che, anche se non fossero espresse, opererebbero di per sé ugualmente, in forza del principio generale dell'assoluta indissolubilità del matrimonio rato e in quanto tale consumato[21].

Il dicastero competente a esaminare i singoli casi da presentare al Sommo Pontefice per ottenere la dispensa è individuato dall'art. 2 nella Congregazione per la Dottrina della Fede, la quale esamina i casi e valuta l'opportunità o meno di sottoporre al giudizio pontificio il caso esaminato. Tuttavia, si potrebbero verificare conflitti di competenza[22] tra la Congregazione per la Dottrina della Fede e la Rota Romana, ora competente al posto della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti[23], qualora si presenti all'esame il caso di un matrimonio in cui i coniugi abbiano ricevuto il battesimo durante la vita coniugale ma questo, pur essendo divenuto rato, è rimasto non consumato[24]: mentre la competenza nei casi di matrimoni non rati e non consumati spetta alla Congregazione per il Culto Divino e la Di-

---

[19] Cfr. Luigi Sabbarese, *Consenso, fede e dignità sacramentale nel matrimonio tra battezzati all'interno della società contemporanea*, in Aa.Vv., *I vizi del consenso matrimoniale canonico*, a cura di Raffaele Santoro, Claudio Marras, UUP, Città del Vaticano, 2012, p. 13 ss.

[20] Per una definizione di consumazione del matrimonio, cfr. Andrea D'Auria, *Una caro e consumazione del matrimonio. Alcune considerazioni*, in *Periodica de re canonica*, 2014, p. 241 ss.; Janusz Kowal, *La consumazione del matrimonio tra la tradizione e il positivismo giuridico*, in *Periodica de re canonica*, 2012, p. 441 ss.

[21] Cfr. Janusz Kowal, *Lo scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, cit., p. 151 ss.

[22] Per alcuni autori, pare non sussista l'eventualità di conflitti: *ex plurimis*, cfr. John Joseph Kennedy, *The dissolution of marriage in favor of the faith: new norms invite a new look at our pratice*, in *Canon Law Society of America*, 2005, p. 123 ss.

[23] Dal 1° ottobre 2011, la competenza sulle cause di inconsumazione del matrimonio è stata trasferita al nuovo ufficio costituito presso il Tribunale della Rota Romana, con motu proprio *Quaerit semper* del 30 agosto 2011.

[24] Cfr. Paolo Moneta, *Le nuove norme per lo scioglimento del matrimonio in favore della fede*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2002, p. 1334 ss.

sciplina dei Sacramenti, i conflitti di competenza circa matrimoni rati e non consumati "*post utriusque baptismum*", casi nei quali si può ricorrere anche alla soluzione in favore della fede[25], sono soggetti, invece, a dubbio su quale sia il dicastero competente. Si ritiene che siano le circostanze relative al *favor fidei* ad essere fondamentali in questa fattispecie per concedere la dispensa, mentre il fatto dell'inconsumazione, pur se teologicamente molto rilevante, non ha particolare significato nel campo pratico e pastorale, ragion per cui sembra che la *ratio legis* esiga che tali casi vengano trattati esclusivamente dalla Congregazione per la Dottrina della Fede[26].

L'art. 4 delle Norme prevede le due condizioni essenziali perché si possa concedere la grazia dello scioglimento, richieste *ad liceitatem* e non per la validità[27], sussistenti al momento della concessione: l'impossibilità di restaurare la convivenza coniugale, il che può verificarsi, ad esempio, quando alla separazione sia seguito il divorzio con un nuovo matrimonio, oppure quando in una mera unione di fatto sia nata la prole. È necessario che risulti il fallimento e la conseguente rottura del matrimonio senza alcuna possibilità di recupero perché ormai tra le parti si è radicato in maniera insanabile un dissidio tale che i possibili tentativi di ricomporre l'unione non hanno sortito esito positivo. Tuttavia, sono escluse come insufficienti le difficoltà, anche molto grandi, causate, ad esempio, dai litigi e disaccordi familiari; si richiede, invece, una vera impossibilità, da valutare secondo tutte le circostanze e che può aversi nonostante i tentativi di riconciliazione[28]. Inoltre, la *pars oratrix*, che richiede lo scioglimento, non deve aver provocato per sua colpa, esclusiva o almeno prevalente, il naufragio della convivenza coniuga-

---

[25] Cfr. Raffaele Melli, *La Congregazione del Culto Divino e della Disciplina dei Sacramenti*, in Piero Antonio Bonnet, Carlo Gullo, *La Curia romana nella Cost. ap. "Pastor Bonus"*, LEV, Città del Vaticano, 1990, p. 277 ss.; in altra direzione, invece, Orazio Pepe, *Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti*, in Aa.Vv., *Commento alla Pastor Bonus e alle norme sussidiarie della Curia Romana*, a cura di Pio Vito Pinto, LEV, Città del Vaticano, 2003, p. 95 ss., è propenso a conciliare eventuali conflitti e spiega che riguardo al matrimonio non sacramentale tra un battezzato e un non battezzato o tra due non battezzati che rimane non consumato, può essere istruito il processo sia sotto il profilo di *rato et non consummato* presso la Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti, sia sotto il profilo dello scioglimento *in favorem fidei* presso la Congregazione per la Dottrina della Fede. Qualora il caso non sia provato sotto il profilo scelto dal Vescovo diocesano che ha iniziato il processo e venga rimandato in diocesi, resterebbe la possibilità che sia istruito sotto l'altro profilo.

[26] Cfr. Antonio Silvestrelli, *Scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, in Aa.Vv., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, LEV, Città del Vaticano, 1992, p. 196 ss.

[27] Cfr. Pietro Amenta, *Le procedure in materia di matrimonio canonico: storia, legislazione e prassi*, cit., p. 91 ss., il quale precisa che non si tratta di condizioni *facoltative*, pur essendo definite *aggiuntive*, perché richieste *ad liceitatem*.

[28] Cfr. Janusz Kowal, *Lo scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, cit., p. 453 ss.

le[29], né la parte con cui il richiedente intende contrarre nuove nozze, perché anch'essa viene a beneficiare dello scioglimento.

La dottrina ha, inoltre, sottolineato che mentre l'Istruzione del 1973 disponeva che "*la parte richiedente non sia stata causa colpevole*", staccandosi alquanto dalla realtà della vita quotidiana, nella quale il più delle volte i dissidi si devono ad entrambi i coniugi, la nuova Norma, invece, precisa più realisticamente che "*la parte richiedente non deve essere causa colpevole esclusiva o prevalente del naufragio della convivenza*", facendo riferimento non ad una generica colpa ma solo a comportamenti di notevole gravità che hanno inciso in modo fortemente negativo sul normale svolgimento della vita coniugale e per i quali è più facile risalire alla responsabilità personale di uno dei coniugi: nel caso di dubbio circa la prevalenza della colpa della parte richiedente, si può ritenere la non esistenza della sua responsabilità, oppure applicare il can. 1150 secondo cui "*nel dubbio il privilegio della fede gode del favore di diritto*".

Altra perplessità potrebbe sorgere se si considera l'importanza che nella visione cristiana assume il pentimento, specialmente se accompagnato dalla sincera e comprovata volontà di cambiare vita: di fronte a tale situazione, la Chiesa non può non rispondere con disponibilità, comprensione e misericordia[30]. Anzi, proprio in questi casi, la grazia pontificia potrebbe più profondamente assolvere quella specifica funzione cui è indirizzata, il *favor fidei* e la *salus animarum*, agevolando e incoraggiando il soggetto nel suo cammino di conversione.

Importanza determinante per la concessione della grazia pontificia riveste la persona con cui il richiedente intende contrarre, o convalidare, un nuovo matrimonio: a tal fine, l'art. 5 richiede la prestazione delle *cautiones*[31]

---

[29] Cfr. Paolo Moneta, *Le nuove norme per lo scioglimento del matrimonio in favore della fede*, cit., p. 1334 ss., il quale sostiene che per comprendere la *ratio* di questo requisito occorre considerare che lo scioglimento del vincolo coniugale costituisce una grazia e non un diritto spettante al fedele, alla pari di quello a veder riconosciuta la nullità del proprio matrimonio. Esso deve, quindi, essere accordato solo a persone che, per il loro comportamento e per i principi morali che hanno dimostrato di seguire, ne siano in qualche modo meritevoli. Sarebbe indubbiamente motivo di disapprovazione e disorientamento (o scandalo, come si diceva una volta) presso la comunità dei fedeli veder premiato con lo scioglimento ed ammesso a nuove nozze un soggetto che ha tenuto comportamenti contrari ai doveri morali, umani e giuridici dello stato coniugale, facendo naufragare il proprio matrimonio.

[30] Cfr. Paolo Moneta, *Le nuove norme per lo scioglimento del matrimonio in favore della fede*, cit., p. 1341 ss.

[31] Cfr. Luigi Sabbarese, *Lo scioglimento del matrimonio in favore della fede: la fase diocesana della procedura*, in Aa.Vv., *Lo scioglimento del matrimonio canonico*, a cura di Associazione Canonistica Italiana, LEV, Città del Vaticano, 2013, p. 73 ss., il quale sottolinea che nelle "*Note riguardanti gli aspetti documentali e procedurali delle cause in favore della fede*", n. 5, le cauzioni sono definite

nel caso in cui il nuovo matrimonio avvenga con persona non battezzata o battezzata non cattolica, in quanto le vicende del matrimonio ormai naufragato non sono da sole sufficienti ad integrare quel *favor fidei* che ne costituisce il fondamento giustificativo, ma occorre che il *favor fidei* investa anche il nuovo matrimonio, che sia soprattutto da questo che il richiedente tragga un beneficio spirituale, un aiuto da intraprendere o a proseguire il proprio cammino di fede.

Tali *cautiones*, di cui all'art. 5 e ai cann. 1124-1125 CIC, riguardano due obblighi fondamentali della parte cattolica: allontanare i pericoli di abbandonare la fede e battezzare ed educare la prole nella Chiesa cattolica. Tuttavia, dal confronto con il can. 1125 sulle cauzioni nei matrimoni misti[32], risultano chiare differenze: l'art. 5 chiede alla parte cattolica solo che "*si dichiari pronta ad allontanare i pericoli di abbandonare la fede*" ma nulla dice circa l'obbligo di battezzare ed educare la prole nella Chiesa cattolica; il can. 1125, invece, prevede anche che la parte cattolica presti la sincera promessa "*di fare quanto è in suo potere perché tutti i figli siano battezzati ed educati nella Chiesa cattolica*". Solo indirettamente l'art. 5 prevede quest'ultimo obbligo, disciplinando che "*la parte non cattolica si dichiari pronta a lasciare alla parte cattolica la libertà di professare liberamente la propria religione e di battezzare ed educare cattolicamente i figli*"; circa la parte acattolica, l'art. 5 esige che essa si dichiari "*pronta a lasciare alla parte cattolica la libertà di professare liberamente la propria religione e di battezzare ed educare cattolicamente i figli*", mentre il can. 1125 dispone solo che la parte acattolica "*sia tempestivamente informata così che consti che questa è realmente consapevole della promessa e dell'obbligo della parte cattolica*"; circa le firme del documento delle cauzioni, l'art. 5 stabilisce che esso sia firmato da entrambe le parti, mentre il can. 1125 nulla dice in merito, rimettendo alla Conferenza Episcopale di stabilire tutto quanto concerne le modalità delle cauzioni.

La nuova formulazione dell'art. 5 riguardo alle cauzioni ha consentito anche di superare le dispute relative al valore delle stesse date senza sincerità e alla possibilità di dichiarare il nuovo matrimonio nullo per causa dell'impedimento del vincolo. Inoltre, sciolto il primo matrimonio nel momento della concessione della grazia, le persone restano libere di celebrare un matrimonio anche con altre persone che non siano quelle con le quali

---

«elemento essenziale per la celebrazione di un matrimonio tra una parte cattolica e una parte non cattolica».

[32] Sul confronto tra le interpellanze tipiche del privilegio paolino, le garanzie o "cauzioni" dei matrimoni misti e l'applicazione dello scioglimento *in favorem fidei*, cfr. Gian Paolo Montini, *Le garanzie o "cauzioni" nei matrimoni misti*, in *Quaderni di diritto ecclesiastico*, 2006, p. 288 ss.

si prospettava il matrimonio al momento di chiedere la grazia[33]. È chiaro, dunque, che la *ratio* della norma in esame è assicurare il bene della fede: non è più richiesta, infatti, la conversione della persona non battezzata, la quale implora il privilegio della fede, ma il procedimento può dare l'opportunità di insegnarle la dottrina cattolica sul matrimonio, di spiegarle il senso della libertà religiosa o l'esigenza di lasciar battezzare ed educare i figli nella religione cattolica[34].

Al fine, poi, di evitare che si possa pensare ad un atteggiamento della Chiesa disattento alla indissolubilità del vincolo coniugale[35], l'art. 6 delle Norme non ammette la domanda dello scioglimento *in favorem fidei* di un matrimonio la cui celebrazione o convalidazione è stata possibile grazie allo scioglimento *in favorem fidei* del matrimonio precedente di uno dei coniugi: è inutile, in tal caso, iniziare nella diocesi un processo che riguarda un caso simile perché, trattandosi di una grazia, la Chiesa non intende concederla più di una volta alla medesima persona.

Altra fattispecie disciplinata dalle Norme, all'art. 7, è quella relativa alla possibilità di chiedere lo scioglimento del matrimonio contratto con la dispensa dall'impedimento di *disparitas cultus*[36], che prevede ben tre situa-

---

[33] Cfr. Janusz Kowal, *Lo scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, cit., p. 457 ss., il quale pone in risalto che finora, secondo la prassi della Congregazione, la parte oratrice doveva presentare al Santo Padre un'ulteriore supplica, informando della nuova scelta ed esponendo le ragioni che l'hanno motivata. In seguito, veniva fatto un supplemento di istruttoria relativo a questo punto e per accertare che nella nuova comparte esistono i requisiti richiesti o almeno si richiedeva la testimonianza del parroco oppure le *cautiones*, a seconda della fattispecie. Adesso, generalmente i due coniugi coinvolti nel matrimonio sciolto, dal momento della concessione della grazia restano *in statu libero* per poter contrarre validamente un altro matrimonio con qualsiasi persona, salve le leggi irritanti e inabilitanti del Codice Latino e di quello delle Chiese Orientali. Perciò, sembra che di regola, una volta inviato il rescritto alla diocesi, sarebbe bene evitare ogni pratica burocratica non necessaria nei confronti della Santa Sede, a meno che nel rescritto della Congregazione per la Dottrina della Fede esista un *vetitum*. L'autore sottolinea *di regola*, perché tale possibilità dovrebbe essere esclusa nei casi in cui l'oratore intende contrarre ulteriori nozze con una persona che secondo le Norme della Congregazione per la Dottrina della Fede non avrebbe potuto essere presentata come motivo per ottenere lo scioglimento del precedente matrimonio.

[34] Cfr. Andrea D'Auria, *Libertà del fedele e scelta della vocazione. La tutela giuridica del can. 219 CIC*, UUP, Città del Vaticano, 2012, p. 227 ss., che evidenzia come la possibilità per la suprema autorità della Chiesa di sciogliere un matrimonio valido comporti una vistosa tensione tra il *favor matrimonii*, il diritto a permanere nello stato di vita matrimoniale e il *favor fidei*. Tuttavia, la compressione dello *ius connubii* si spiega per il fatto che la Chiesa ha sempre tenuto prevalente il *favor fidei*, cioè la possibilità per il coniuge battezzato di costituire una famiglia secondo il piano e il volere di Dio, rispetto al *favor matrimonii*.

[35] Cfr. Joaquin Labelle, *Les incidences pastorals de la dissolution du marriage non sacramental en faveur de la foi*, in *Studia canonica*, 1999, p. 54 ss.

[36] Cfr. José Fernández Castaño, *Il sacramento del matrimonio,* Pioda, Roma, 1994, p. 511 ss., il quale riporta le notevoli perplessità in merito, poi superate dalla convinzione che pur trattandosi del matrimonio di un battezzato, celebrato con dispensa dell'autorità ecclesiastica e nella forma

zioni in cui l'oratore può trovarsi: *ex* § 1: "*La domanda per lo scioglimento del vincolo di un matrimonio non sacramentale contratto con dispensa dall'impedimento di disparità di culto può essere presentata al Sommo Pontefice se la parte cattolica intenda contrarre nuove nozze con una persona battezzata*". È esposto il principio generale, valevole per tutte e tre le ipotesi, per cui il nuovo matrimonio deve essere sempre sacramentale, non avendo rilevanza che la parte con cui l'oratore intenda contrarre nuove nozze sia cattolica o acattolica battezzata[37]. Nell'ipotesi in esame, non saranno possibili nuove nozze con una parte non battezzata che non abbia intenzione di convertirsi[38].

In considerazione di ciò, la Conferenza Episcopale dello Zambia aveva chiesto l'abrogazione di tale norma, poiché costituente una grave difficoltà specie in regioni in cui i cattolici sono in minoranza e non hanno altra possibilità di esercitare il loro *ius connubii* se non con un non battezzato, ma ha ottenuto risposta negativa dalla Congregazione per la Dottrina della Fede, in data 19 ottobre 1977, perché si voleva evitare che il nuovo matrimonio da contrarre, sempre con dispensa dall'impedimento di disparità di culto, subisse la stessa sorte di quello da sciogliere e già contratto con la stessa dispensa.

Inoltre, il § 2 regola un caso molto simile al precedente, per cui la parte oratrice non battezzata intende ricevere il battesimo e passare a nuove nozze con una parte battezzata: è essenziale, in tale ipotesi, accertare la sincerità della conversione della parte oratrice.

Ancora, il § 3 considera il caso in cui vi sia il dubbio prudente circa la sincerità della conversione sia della parte oratrice sia della parte che si intende sposare: "*Il vescovo non inoltri alla Congregazione per la Dottrina della Fede le richieste se ci fosse un prudenziale dubbio sulla sincerità della conversione della parte richiedente o della parte promessa in matrimonio,*

---

prevista dal diritto canonico, esso non è un matrimonio sacramentale e quindi non acquista quella indissolubilità che si sottrae all'intervento di qualunque potestà umana.

[37] Congregazione per la Dottrina della Fede, *Responsum Part. Excellentissime*, in *Leges Ecclesiae*, 1980: «*Pars non baptizata petere nequit dissolutionem matrimonii in favorem fidei, nisi convertatur; pars vero catholica tandem dispensationem petere potest dummodo non intendat novas nuptias contrahere cum dispensatione ab impedimento disparitatis cultus*».

[38] Cfr. Antonino Abate, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Paideia, Roma-Brescia, 1985, p. 289 ss., il quale sottolinea che la *ratio* del divieto in esame è che non si vuole lasciar contrarre altri matrimoni che possano necessitare, in caso di fallimento, di una nuova petizione al Papa e, quindi, sollecitare una nuova dispensa; Pietro Amenta, *Le procedure in materia di matrimonio canonico: storia, legislazione e prassi*, cit., p. 97 ss., rileva che, poiché la norma comporta il divieto di presentare i casi di cattolici che desiderino contrarre seconde nozze nuovamente con una parte non battezzata, essa rientra tra i casi in cui mancano del tutto i presupposti principali stabiliti *ad valorem* e che comportano il rigetto assoluto della domanda.

benché una delle due o ambedue abbiano ricevuto il battesimo”, ritenendo preferibile non presentare alla Congregazione per la Dottrina della Fede la richiesta se prima non sia eliminato ogni dubbio circa la sincerità della conversione[39]. Un’attenuazione alla precedente regola[40] è prevista dall’art. 8 per i casi in cui si intende contrarre nuove nozze con un catecumeno: “*Quando trattasi di un matrimonio che sarà celebrato da un catecumeno, le nozze siano rinviate a dopo il battesimo: se ciò non fosse possibile per gravi cause, si abbia la certezza morale dell’imminente ricevimento del battesimo*”. Il catecumeno, fintanto che non avrà ricevuto il battesimo, rimarrà non battezzato e quindi, se la parte oratrice è battezzata, per contrarre validamente, sarà necessaria la dispensa dall’impedimento di disparità di culto; se per gravi cause, tuttavia, non è possibile attendere il battesimo del catecumeno per contrarre le nozze, si potrà procedere alle nozze purchè sia stata acquisita la certezza morale che il catecumeno riceverà prossimamente il battesimo.

Due ultime preoccupazioni, espressamente indicate nell’art. 9, possono influire sulla concessione dello scioglimento del vincolo: l’adempimento degli obblighi morali e giuridici che il richiedente può avere nei confronti del precedente coniuge e dell’eventuale prole e lo scandalo che tale concessione potrebbe suscitare nella comunità ecclesiale.

Il legislatore manifesta la stessa preoccupazione del can. 1071 § 1, che prescrive che senza la licenza dell’Ordinario non si può assistere al matrimonio di colui che è vincolato da obblighi naturali derivanti da una precedente unione verso l’altra parte o i figli. In tal caso, il Vescovo è tenuto a consultare la Congregazione, sia prima di iniziare il procedimento in fase diocesana, sia a procedimento iniziato e contestualmente all’inoltro della pratica presso la Congregazione. Parte della dottrina, invece, ritiene che non è necessario che il Vescovo sia tenuto a consultare la Congregazione prima di iniziare il processo ma è sufficiente che, nell’inoltrare la domanda, presenti alla Congregazione le difficoltà specifiche e il particolare pericolo di scandalo, perché sia informata e dia consigli che ritenga opportuni, oppure se le difficoltà sono

---

[39] Cfr. Antonio Silvestrelli, *Scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, cit., p. 196 ss., il quale sostiene che tale provvedimento può essere di difficile comprensione, dal momento che lo scioglimento viene ora concesso anche se il richiedente non si converte o resta non battezzato. Tuttavia, si tratta di due situazioni diverse: nella prima, la sincerità della conversione stessa si esige per il fatto che solo se è tale si può parlare di *favor fidei* e quindi può celebrarsi il successivo matrimonio, previo scioglimento del primo. Diversamente, il secondo matrimonio non potrebbe celebrarsi validamente, in quanto resterebbe insoluto il primo per mancanza di motivazione sufficiente, cioè la conversione.

[40] John Joseph Kennedy, *The dissolution of marriage in favor of the faith: new norms invite a new look at our practice*, in *CLSA Proceedings*, 2005, p. 138 ss.

molte, la Congregazione potrebbe prenderle in considerazione per ostacolare la concessione della grazia[41].

Tuttavia, lo scandalo, che in passato aveva sempre fortemente condizionato i provvedimenti dell'autorità ecclesiastica, sembra passare ormai in secondo piano, considerando la minore importanza che oggi, in una comunità ecclesiale più matura e consapevole, viene data alla risonanza pubblica che un eventuale scioglimento può suscitare. Ciò che, prioritariamente, bisogna considerare è il vero interesse spirituale dei fedeli più direttamente e personalmente interessati.

Può, tra l'altro, accadere che dal processo per inoltrare la domanda di scioglimento emergano dubbi sulla validità del matrimonio di cui è stata chiesta la grazia dello scioglimento: l'art. 10 prevede che il positivo dubbio sulla validità di quel matrimonio non è motivo per abbandonare il procedimento amministrativo di grazia e intraprendere la via giudiziale della dichiarazione di nullità[42]; il testo della norma vuole, invece, che il dubbio positivo sia menzionato nella supplica rivolta al Pontefice. Si ritiene, dunque, che esso continui a costituire un elemento idoneo a favorire la concessione della grazia e che la sua segnalazione al pontefice sia fatta proprio al fine di indurlo a superare eventuali residue perplessità su di essa[43].

2. *La fase diocesana dello scioglimento* in favorem fidei

La Parte II delle Norme *Potestas Ecclesiae* è specificamente procedurale e consta di 15 articoli in piena consonanza con quanto disposto dal *Codex* e disciplinanti l'istruttoria in fase diocesana o eparchiale, al fine di raccogliere

---

[41] Cfr. Janusz Kowal, *Lo scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, cit., p. 461 ss.

[42] Cfr. Paolo Moneta, *Le nuove norme per lo scioglimento del matrimonio in favore della fede*, cit., p. 1341 ss., il quale precisa che da un punto di vista strettamente logico-giuridico, la nullità, come rimedio radicale che incide sulla stessa costituzione del matrimonio, è prioritaria sullo scioglimento: un dubbio positivo su di essa dovrebbe quindi condurre ad aprire un processo di nullità, sospendendo quello di scioglimento, in attesa che esso giunga a conclusione. Ma se si considera che il risultato che si intende conseguire è la liberazione da un precedente vincolo matrimoniale per essere in condizione di stringerne uno nuovo, è facile capire che la via ora delineata risulta indubbiamente troppo formalistica e inutilmente gravosa per la parte interessata. Se si tengono presenti le concrete esigenze della vicenda umana, il fatto che emergono fondati dubbi sulla stessa validità del matrimonio costituisce non un ostacolo o una controindicazione alla concessione dello scioglimento, ma anzi un elemento che può indurre a superare eventuali riserve o difficoltà che ad esso si frappongano.

[43] Cfr. Joaquìn Llobell, *L'unitarietà dell'istituto matrimoniale e la rilevanza giuridica dell'* "Ordinatio fidei"*: sul carattere sussidiario dello "scioglimento" pontificio del vincolo*, in *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, X Congreso internacional de derecho canónico, Pamplona, 2001, p. 1404 ss.

gli elementi di prova sull'esistenza dei requisiti necessari per la valida e lecita concessione della grazia[44].

Anzitutto, è da notare che questo tipo di procedimento è di carattere amministrativo e non giudiziale: in esso non esiste un attore che chieda la tutela dei suoi diritti ma un oratore che chiede la grazia della dispensa[45], come lo stesso CIC prevede circa il procedimento per la dispensa da un matrimonio rato e non consumato, ai cann. 1699 § 1, 1701 § 2 e 1703 § 1. Non esiste neanche un giudice che decide sulla vertenza ma semplicemente un istruttore, che raccoglie le prove necessarie per la concessione della grazia richiesta; non c'è necessariamente il contraddittorio tra le parti, dal momento che la petizione può essere presentata da entrambi i coniugi, ragion per cui non esiste il convenuto, il quale può esserci solo se non è d'accordo con la comparte sulla richiesta della dispensa. Inoltre, tale tipo di procedimento non si chiude con una sentenza ma con una dispensa che è, essenzialmente, un atto di grazia e non di giustizia, concessa esclusivamente dal Romano Pontefice. La procedura, poi, segue quella di qualsiasi procedimento canonico, sia esso giudiziario o amministrativo: bisogna esibire un libello indirizzato al Romano Pontefice, per il tramite del proprio Vescovo, con il quale si chiede la grazia dello scioglimento in favore della fede.

L'art. 3 delle Norme sancisce che l'autorità competente per istruire il processo in fase diocesana è il Vescovo diocesano e coloro che sono a lui equiparati dal diritto, per i fedeli appartenenti alla Chiesa latina (CIC, cann. 368 e 381 § 2), o il Vescovo eparchiale, per i fedeli delle Chiese orientali (CCEO, can. 178): il Vescovo diocesano ha il compito primario di istruire il processo e presentare la petizione di scioglimento alla Congregazione.

---

[44] Cfr., Pietro Amenta, *Le procedure amministrative in materia di matrimonio canonico: storia, legislazione e prassi*, cit., p. 95 ss., che pone in risalto che l'efficacia delle norme procedurali in esame risiede non tanto nella loro forza vincolante, quanto per il fatto che esse sono la codificazione e la sedimentazione dell'esperienza giurisprudenziale ormai secolare della Curia Romana. Basti pensare, infatti, che nell'esame dei casi pratici vi sono alcuni elementi sui quali non è possibile derogare ed altri, invece, sui quali coloro che sono deputati all'esame (Commissari e Difensori del vincolo) possono adottare un giudizio più elastico e meno esigente.

[45] Cfr. Andrea Migliavacca, *Procedimenti amministrativi per lo scioglimento del vincolo coniugale*, in Aa.Vv., *I giudizi nella Chiesa. Processi e procedure speciali*, a cura di GIDDC, XXV Incontro di Studio, Villa S. Giuseppe (Torino), 29 giugno-3 luglio 1998, Quaderni della Mendola, Milano, 1999, p. 160 ss., il quale sottolinea che l'oratore chiede al Santo Padre proprio la grazia di sciogliere il matrimonio naturale e, a tal fine, è indirizzata l'investigazione condotta nella diocesi, i cui risultati vanno trasmessi alla Congregazione per la Dottrina della Fede. Di conseguenza, la parte non ha l'*animus litigandi* tipico del giudizio contenzioso ma presenta una domanda, le cosiddette *preces*. L'istruttoria va poi adattata solo per verificare i presupposti richiesti e si conclude non con la sentenza ma col rescritto, secondo la discrezione del Pontefice. Perciò, la procedura in questione appartiene all'ambito amministrativo e non a quello giudiziale, non essendo un processo in senso stretto.

Tuttavia, le Norme non precisano alcun titolo di competenza di domicilio o quasi-domicilio della parte oratrice, per cui non è necessariamente ed esclusivamente competente il Vescovo del domicilio o quasi-domicilio della parte oratrice, ma può esserlo anche il Vescovo dove questa ha vissuto la propria vicenda matrimoniale o la diocesi nel cui territorio si trovi la maggior parte dei testi o delle prove da raccogliere.

Ora, secondo l'art. 11, "*il Vescovo può istituire il processo o personalmente o tramite un istruttore scelto o tra i giudici del tribunale o tra persone approvate da lui stesso per questa funzione, essendo presente il notaio ed intervenendo il difensore del vincolo*"[46] e, in caso di delega, il relativo decreto deve essere allegato agli atti del processo. Con lo stesso decreto, poi, il Vescovo può affidare all'istruttore il *votum pro rei veritate* e riservare a sé, a seconda dei casi, il giudizio circa la giusta causa e l'opportunità di concedere la grazia dello scioglimento; il Vescovo deve anche indicare il difensore del vincolo e il notaio che devono intervenire nella causa. Tuttavia, la nomina del notaio e del difensore del vincolo deve essere fatta anche nel caso in cui il Vescovo svolga l'istruttoria personalmente, avvalendosi del notaio di curia, del difensore del vincolo nominato presso il tribunale diocesano. In ogni caso, la nomina deve avvenire prima di ricevere le testimonianze e di intraprendere le indagini, perché proprio la data della nomina a questi compiti determina l'inizio dell'istruttoria diocesana[47].

Chi istruisce la causa, per svolgere bene il proprio compito, deve essere dotato di *sufficiente scienza canonica*, in modo da garantire quanto è necessario nella conduzione dell'istruttoria: deve dirigere con arte l'istruttoria, sia nel proporre i quesiti prestabiliti, sia nell'aggiungerne altri *ex officio* quando ciò è opportuno e necessario, sia nel dettare le risposte delle parti e dei testi al notaio che deve verbalizzarle, rispettando il più possibile lo stile e il contenuto della risposta data dalla persona interrogata. In particolare, il notaio che assiste l'istruttore deve essere una persona d'integra reputazione e al di sopra di ogni sospetto, un ufficiale della curia o del tribunale, e il suo compito è redigere gli atti e le pratiche in corso, dando ad essi, con la sua firma,

---

[46] Cfr. Luigi Sabbarese, Elias Frank, *Scioglimento in favorem fidei del matrimonio non sacramentale*, cit., p. 53 ss., i quali rilevano che la novità più importante delle Norme è la possibilità che l'istruttore sia un laico: ciò non era permesso nella vigenza delle Norme del '73, dal momento che in quel caso l'art. 1 delle norme procedurali richiedeva espressamente che, nel caso di delega, il Vescovo doveva affidare l'istruttoria ad un *ecclesiasticus vir*, con esclusione quindi dei fedeli non insigniti dell'ordine sacro. Tuttavia, se si presenta il caso di una parte o di un teste che rifiuta di deporre davanti al Vescovo o all'istruttore da lui designato, è possibile ricorrere alla deposizione resa davanti ad un pubblico notaio o davanti a una persona di fiducia, ottemperando alle condizioni previste dall'art. 5 delle norme del 1973 e non più confermate in quelle vigenti.

[47] Cfr. Janusz Kowal, *Lo scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, cit., p. 464 ss.

il valore di autenticità: nell'istruzione della causa di scioglimento *in favorem fidei*, il suo compito specifico consiste nella ricognizione dei singoli documenti e di ogni serie completa degli atti del processo, nell'assistenza all'esame dei testimoni e nella certificazione delle loro risposte. La norma nomina, inoltre, il difensore del vincolo che deve essere citato per l'esame delle parti e dei testi o deve almeno intervenire in seguito affinchè prenda visione degli atti; può preparare il questionario per l'interrogazione delle parti e dei testi, se non lo ha fatto l'istruttore. La designazione e l'intervento del notaio e del difensore del vincolo sono obbligatori, pena la nullità degli atti.

Il processo inizia con la *petitio* o la supplica della parte per cui il matrimonio deve essere sciolto, fermo restando che il futuro coniuge non può essere oratore né essere considerato parte nel processo: la supplica, o libello, deve essere indirizzato al Santo Padre. L'oratore presenta le parti in causa[48]: il suo nome e cognome, il luogo e la data di nascita, la residenza attuale, se sia battezzata o no; il nome e cognome della parte convenuta, la sua residenza attuale, se sia battezzata o no; descrive la fattispecie del matrimonio e indica come sia avvenuta la conoscenza della parte convenuta, dove e quando si sono sposati, nonchè la forma seguita, sia essa canonica, civile o tradizionale; indica il motivo della separazione/divorzio e se si è ottenuto il divorzio civile o tradizionale; precisa se sono nati figli e, nel caso, a chi siano stati affidati; dichiara la propria situazione attuale: se vive da sola, se convive, se abbia contratto nuovo matrimonio; indica chi sia la nuova consorte[49]: nome e cognome, residenza attuale, conoscenza con la parte oratrice, se sia battezzata o no; esplicita l'oggetto della petizione al Santo Padre: naturalmente, lo scioglimento del matrimonio contratto con il precedente coniuge, per contrarre/convalidare un nuovo matrimonio con il futuro coniuge; deve debitamente firmare la supplica, senza omettere indicazioni di luogo e data.

Al libello dovrebbe essere allegato il certificato del matrimonio di cui si chiede lo scioglimento ma, nel caso in cui il matrimonio sia stato contratto con forma tradizionale, e quindi non è stato registrato in alcun luogo, la pro-

---

[48] Cfr. Paolo Moneta, *Le nuove norme per lo scioglimento del matrimonio in favore della fede*, cit., p. 1345 ss., il quale ricorda che il soggetto attivo della prova è colui che afferma; in caso contrario, infatti, quando cioè l'oratore non è più in grado di addurre prove in favore di quanto asserisce, si produce come conseguenza l'assoluzione del consociato/convenuto, secondo il principio *actore non probante, reus absolvitur*. Inoltre, soggetto attivo della prova diventa anche la parte convenuta, qualora, dissociatasi dall'istanza dell'oratore, sia in grado di affermare fatti contrari a quelli asseriti dalla parte oratrice.

[49] Cfr. Luigi Sabbarese, Elias Frank, *Scioglimento in favorem fidei del matrimonio non sacramentale*, cit., p. 89 ss., i quali sottolineano che è importante presentare nella supplica la *pars desponsa*: la grazia dello scioglimento, infatti, non viene concessa nel caso che l'oratrice non abbia nessuno con cui deve contrarre/convalidare il matrimonio.

va dell'avvenuto matrimonio deve essere presentata con una dichiarazione, in forma scritta, prodotta da parte del capo tribù o da parte di testimoni oppure dalla stessa oratrice sotto giuramento; la copia dell'eventuale processetto prematrimoniale e il documento relativo alla concessione della dispensa dall'impedimento di disparità di culto; il certificato di battesimo della parte già battezzata, cattolica o acattolica, al tempo del matrimonio; il certificato di battesimo della parte con cui si intende contrarre o convalidare il nuovo matrimonio; il certificato di morte del coniuge, se si intende contrarre con persona vedova; la sentenza o decreto di nullità del matrimonio della persona con cui si intende contrarre o convalidare il matrimonio; l'atto integrale di divorzio in copia fotostatica, ma se il divorzio è dichiarato in modo tradizionale, ove non c'è una prova documentale, può essere sufficiente una dichiarazione prodotta in forma scritta dal capo tribù, dai testimoni o dalla stessa oratrice con la firma dei due testimoni; la lista dei testimoni, corredata dai loro indirizzi. La supplica, con i documenti indicati allegati, è consegnata al Vescovo diocesano o a colui che nel diritto è a lui equiparato o al Vescovo eparchiale: egli non deve verificare la propria competenza in quanto la norma, per questo processo, non lo richiede.

Il Vescovo diocesano che riceve la supplica, prima di costituire il tribunale amministrativo, deve verificare: la possibilità o meno di riprendere la vita coniugale; se la supplica è firmata dalla parte oratrice e se sia indicata la data e l'indirizzo della stessa oratrice; se è indicato l'indirizzo del convenuto; se è allegato o meno l'atto di matrimonio; se è indicata o meno la parte con cui si deve contrarre o convalidare il matrimonio: se non è indicata, non occorre nemmeno iniziare il processo, dato che il matrimonio in favore della fede viene sciolto solo in vista del nuovo matrimonio; se la parte oratrice abbia già ottenuto in passato la grazia dello scioglimento *in favorem fidei*, nel qual caso non si può richiedere la stessa grazia una seconda volta.

Dopo aver accertato ciò, il Vescovo può istruire personalmente la causa nominando, con decreto, il difensore del vincolo ed un notaio oppure affida la causa ad un giudice del tribunale diocesano o regionale o ad altra persona competente, assistita, però, da un difensore del vincolo e da un notaio; la costituzione del tribunale amministrativo deve essere fatta per iscritto, firmata dal Vescovo diocesano, datata e autentificata dal notaio o cancelliere della curia. Il decreto deve essere inserito negli atti del processo.

Ricevuto il decreto, i ministri del tribunale amministrativo, se non sono ministri stabili del tribunale diocesano (e, in tal caso, hanno già prestato giuramento), prestano giuramento di adempiere il loro mandato osservando fedelmente quanto è richiesto dalle Norme e dal diritto processuale canonico. Non occorre allegare agli atti la copia del giuramento prestato.

Poiché il processo si chiude con la concessione o meno di una grazia, e non di un diritto, non si ha la *contestatio litis*, per cui l'istruttore cita le parti e i testi per le deposizioni delle loro dichiarazioni e testimonianze, indicando giorno, ora e luogo stabilito per l'escussione. L'art. 12 § 2 richiede chiaramente che nell'istruttoria devono essere ascoltati tutti e due i coniugi, in analogia con quanto previsto per il processo *super rato* (can. 1702)[50]: alle dichiarazioni delle parti, tuttavia, non si può attribuire valore di piena prova, come precisa il § 3, a meno che non si aggiungano altri elementi ad avvalorarle in modo definitivo. In questo modo, si riconosce forza probante alle affermazioni delle parti, assumendo nei loro confronti un atteggiamento di fiducia e non di sospetto, ma esse assumono valore di piena prova solo se confermate da altri elementi, come testi sulla credibilità delle parti stesse, indizi ed amminicoli. La norma, d'altra parte, richiede che "*gli elementi corroboranti*" possano consentire la formazione di una certezza morale sulla materia in questione, ossia una valutazione del giudice contro la quale manca un ragionevole motivo di dubbio e basata su motivi oggettivi, che affermino la fondatezza e la congruità iniziale confrontandola con gli atti, deposizioni e testimonianze[51].

Durante le deposizioni delle parti e dei testi è obbligatoria la presenza del notaio, ex art. 14 § 1: il difensore del vincolo, che non ha l'obbligo di partecipare all'interrogatorio, deve essere citato all'esame dei testi o dell'altra parte per salvaguardare i suoi diritti. Inoltre, in conformità con le norme codiciali, le parti non possono assistere all'esame dei testi o dell'altra parte e i testi devono essere esaminati uno ad uno separatamente[52].

Al § 2, l'art. 14 impone all'istruttore l'obbligo di chiedere alle parti e ai testi il giuramento di dire e di aver detto la verità, salvo vi sia una causa grave che suggerisca di ometterlo. Solo se qualcuno rifiuta di prestare giuramento, può essere ascoltato senza che abbia giurato: le stesse Note della Congregazione per la Dottrina della fede richiedono che il verbale di ogni interrogazione contenga la menzione del giuramento, prestato o rifiutato[53]. Sia il

---

[50] Cfr. Federico Rafael Aznar Gil, *Nuevas normas sobre la disolución del vínculo matrimonial no sacramental. Texto y commentario*, in *Revista española de Derecho canonico*, 2003, p. 89 ss., il quale osserva che forse sarebbe più esatto dire che si deve citare ambedue i coniugi, visto che l'art. 15 § 2 prevede la possibilità dell'assenza dell'altra parte.

[51] Cfr. Peter Erdö, *La certezza morale nella pronuncia del giudice. Problemi attuali*, in *Periodica de re canonica*, 1998, p. 81 ss.

[52] Cfr. Luigi Sabbarese, Elias Frank, *Scioglimento in favorem fidei del matrimonio non sacramentale*, cit., p. 63 ss., i quali precisano che l'escussione delle parti e dei testi deve essere individuale per evitare che si influenzino reciprocamente nell'atto di deporre.

[53] Congregazione per la Dottrina della Fede, *Note riguardanti gli aspetti documentali e procedurali delle cause in favore della fede*, n. 3, 9 aprile 2001.

giuramento di dire la verità (*de veritate dicenda*), sia quello di aver detto la verità (*de veritate dictorum*) non sono più mezzi di prova ma costituiscono solamente una dichiarazione emessa a garanzia di altre dichiarazioni, che ha più o meno valore in considerazione della religiosità della persona. Il giuramento non si riferisce alla verità storica in questione ma semplicemente a quanto il dichiarante conosce, alla sua convinzione, non alla verità oggettiva: esso, dunque, si atteggia quale "*invocatio Nominis divini in testem veritatis*", ex can. 1199 § 1 CIC.

Si procede, dunque, all'esame delle parti e dei testi secondo il questionario che l'istruttore o il difensore del vincolo hanno preparato[54]. Durante l'istruttoria, solo l'istruttore propone le domande e solo lui detta le risposte al notaio. Il difensore del vincolo, se presente all'esame, può proporre domande solamente all'istruttore. La legge particolare può ammettere che siano altri a proporre le domande direttamente alla parte o al teste: le domande devono essere brevi, adatte alle capacità di chi deve rispondere, semplici, non capziose né fallaci, non offensive, non suggestive ma pertinenti, senza che includano più elementi insieme e che non suggeriscano la risposta, per non pilotare l'interrogatorio secondo ipotesi preconcette.

In questa fase, inoltre, bisogna verificare con cura che: uno dei due non era battezzato al momento del matrimonio; se il non battezzato ha ricevuto il battesimo nel corso del matrimonio, il matrimonio sia rimasto non consumato; non ci sia alcuna speranza di restaurare la vita coniugale; la parte oratrice non sia stata esclusivamente o prevalentemente responsabile del naufragio e quindi della rottura della vita coniugale; la *pars desponsa*, con la quale si deve contrarre o convalidare il nuovo matrimonio, non sia responsabile della rottura del matrimonio da sciogliere; la parte cattolica sia disposta a salvaguardare la propria fede cattolica e a battezzare nella Chiesa cattolica i figli che eventualmente nasceranno; la parte battezzata non cattolica o non battezzata dichiari il suo consenso affinchè la parte cattolica possa battezzare nella Chiesa cattolica i figli che eventualmente nasceranno; la parte cattolica, che abbia contratto il matrimonio con la dispensa di disparità di

---

[54] Cfr. Frederick Easton, *Favor of the Faith Cases and the 2001 Norms of the Congregation of the Doctrine of the Faith*, in *Proceedings of the sixty-fourth Annual Convention*, Cincinnati (Ohio), 7-10 ottobre 2002, Canon Law Society of America, Washington, p. 97 ss., il quale considera che i quesiti da proporre alle parti e ai testi di per sè dovrebbero essere preparati basandosi su quanto esposto nel libello. Visto, però, che l'uso del computer e degli appositi programmi per gestire l'insieme delle cause nel tribunale facilita l'uso dei formulari e delle domande stereotipe, la norma incoraggia l'istruttore ad aggiungere altre domande più adatte al caso. Questo diventa ancor più importante tenendo presente che l'uso dei rigidi formulari prestampati non aiuta la ricerca della verità, soprattutto quando qualche circostanza particolare affetta la comprensione e la vanificazione delle prove.

culto, celebri il nuovo matrimonio con una persona battezzata; la parte non battezzata, che abbia contratto il matrimonio con la dispensa di disparità di culto, intenda ricevere o meno il battesimo e contrarre il nuovo matrimonio con una persona battezzata; vi sia la sincerità della conversione della persona che intende ricevere il battesimo o che abbia ricevuto il battesimo; nel caso del catecumeno, se è impossibile aspettare fino alla ricezione del battesimo, vi sia la certezza morale che il battesimo sarà ricevuto quanto prima; se la parte oratrice ha obblighi verso il coniuge o i figli, eventualmente nati nel matrimonio da sciogliere, sia spiegato come viene adempiuta questa responsabilità; il matrimonio da sciogliere sia naturalmente valido e che non sussistano dubbi sulla sua validità. Le risposte devono essere firmate dalla parte o dai testimoni, dall'istruttore e dal notaio: il legislatore vuole evitare, in questo modo, le situazioni in cui la stessa persona, nella stessa causa, funga da istruttore, da notaio e, perfino, da difensore del vincolo.

Al termine di tali adempimenti, si procede alla lettura delle risposte affinchè le parti e i testi facciano le loro osservazioni, aggiungano, correggano quanto ritengono utile o necessario, a garanzia della conformità della trascrizione con la deposizione resa. É, tuttavia, possibile che l'*altera pars*, cioè colei che non è oratrice, o il teste per diverse ragioni non vogliano o non possano presentarsi presso l'ufficio dell'istruttore: questi può ordinare che le dichiarazioni vengano raccolte in un altro modo, purchè se ne salvaguardi la genuinità e l'autenticità, davanti a un notaio o davanti a un'altra persona, in modo lecito. Poiché è importante conoscere il pensiero e la volontà anche dell'altra parte, associata oppure convenuta a seconda che è d'accordo con l'altro coniuge nel chiedere la grazia o contraria oppure indifferente, si deve fare di tutto per contattare l'altra parte e domandarle se si oppone o no alla supplica e, quando si dichiari contraria, occorre vedere se la sua opposizione sia ragionevole e quali siano i motivi[55]. Nel caso in cui la persona che

[55] Cfr. Pietro Amenta, *Le procedure in materia di matrimonio canonico: storia, legislazione e prassi*, cit., p. 97 ss., il quale, tra l'altro, precisa che la *ratio* dell'articolo, da un punto di vista sostanziale, è di per sé evidente: solo con l'audizione di ambedue le parti si può effettivamente risalire con sufficiente certezza morale alle responsabilità da attribuire circa la rottura della convivenza. Poiché si tratta di una richiesta di grazia, si ritiene che non meriti di invocare ed ottenere la grazia una persona che abbia direttamente provocato il naufragio della convivenza. E questo può essere realmente accertato solo allorquando entrambe le parti partecipino al procedimento ed abbiano così la possibilità di contestare le affermazioni della comparte. Da un punto di vista giuridico, invece, vi è la preoccupazione della Chiesa, da un lato, di assicurare a tutti, fedeli e non, l'esercizio del proprio diritto fondamentale ad essere ascoltato e portare in giudizio le proprie ragioni; dall'altro, la preoccupazione di evitare l'accusa di attuare procedure nelle quali non vengano salvaguardati i diritti fondamentali della persona umana, quale il diritto alla propria difesa. Ragion per cui, si ricorre al rigetto temporaneo della domanda se dagli atti non si evince che si siano fatti tutti gli sforzi per localizzare la parte convenuta e metterla nelle condizioni di intervenire.

deve essere interrogata risieda fuori dalla diocesi che svolge il procedimento, l'istruttore può visitarla personalmente oppure può richiedere l'aiuto del rispettivo tribunale (cfr. cann. 1469 § 2 e 1418). Se, invece, l'altra parte non è reperibile oppure rifiuta di collaborare, l'art. 15 § 2 delle Norme dispone che la sua assenza deve essere dichiarata secondo le norme del diritto ed essere annotata negli atti: ciò comporta, *in primis*, il contatto con la parte convenuta e lo sforzo per assicurare la sua cooperazione nell'istruttoria[56].

Non è sufficiente, per tale dichiarazione, l'affermazione dello stesso oratore che l'altra parte rifiuta di comparire: l'istruttore deve notificare l'invito a partecipare tramite i servizi postali o in un altro modo assolutamente sicuro per avere la certezza che una forma di notifica è giunta alla parte convenuta. Solo in tal caso, di rifiuto a comparire senza alcuna ragione, l'istruttore includerà negli atti un documento in cui i fatti verranno annotati e spiegati, altrimenti la Congregazione chiederà le prove relative al contatto con la parte convenuta, ritardando il corso della causa[57]. Ovviamente, se la parte convenuta deciderà di cooperare nell'istruttoria dopo il decreto relativo alla sua assenza, il decreto non avrà più nessun effetto e bisognerà procedere con l'interrogatorio.

Come anticipato, l'istruttoria deve provare[58]: l'assenza di battesimo al tempo della celebrazione del matrimonio, almeno in uno dei contraenti; la non consumazione del matrimonio dopo l'eventuale battesimo della parte non battezzata.

Riguardo al primo oggetto dell'istruttoria, l'art. 16 § 1 richiede che l'assenza deve essere dimostrata in modo tale che sia tolto ogni fondato dubbio[59], o in modo diretto, cioè attraverso le dichiarazioni di entrambe le parti, dei testi o attraverso l'ispezione dei libri di battesimo, o in modo indiretto, ricorrendo prevalentemente alle presunzioni.

La prima ad essere interrogata in merito è la parte che afferma di non

---

[56] Cfr. Andrea Migliavacca, *Procedimenti amministrativi per lo scioglimento del vincolo coniugale*, cit., p. 183 ss.

[57] Cfr. Wojciech Kowal, *The new norms for completing the process for the Dissolution of the Matrimonial bond in favour of the faith*, in *Folia Canonica*, 2005, p. 89 ss.

[58] Cfr. Luigi Sabbarese, Elias Frank, *Scioglimento in favorem fidei del matrimonio non sacramentale*, cit., p. 62 ss., i quali sottolineano che la fase istruttoria, con l'esame delle parti e dei testi, è senza ombra di dubbio la più importante e la più gravida di conseguenze giuridiche. Molti sono i fattori che influiscono sulla efficacia delle dichiarazioni delle parti e delle risposte dei testi, ad esempio le modalità dell'interrogatorio e la formulazione del questionario preparato in antecedenza dallo stesso istruttore o dal difensore del vincolo.

[59] Cfr. Luigi Sabbarese, *Lo scioglimento del matrimonio in favore della fede: la fase diocesana della procedura*, cit., p. 77 ss., sostiene che la dimostrazione di questo requisito deve raggiungere la certezza morale.

essere battezzata: conviene domandarle sui motivi di tale affermazione e sulle fonti di conoscenza, sull'eventuale prassi o educazione religiosa ricevuta nell'infanzia e circa la prassi della sua eventuale comunità religiosa a proposito del battesimo e, infine, circa i motivi per i quali non si è fatta battezzare né prima né durante il matrimonio[60]. In seguito, vanno interrogati i testimoni "*tenuto conto della loro qualità: genitori e familiari della parte non battezzata o quelli che lo hanno assistito durante l'infanzia e che conobbero tutto il corso della sua vita*", ex art. 16 § 2[61]: la prova dei testi, tuttavia, non dipende dal loro numero ma dalla qualità, credibilità e conoscenza dei fatti da parte di essi. Prudenza vuole che vi siano almeno due testi per la prova del mancato battesimo: nella prassi, tuttavia, si può ammettere un teste unico, qualificato per il fatto di essere genitore della persona, che depone sui fatti compiuti quasi d'ufficio, dichiarando se ha fatto battezzare o meno la sua prole[62]. Il § 3, inoltre, prevede che "*i testi devono essere interrogati non solo circa l'essenza del battesimo ma anche circa le circostanze e gli indizi dai quali appare come probabile che il battesimo non è stato conferito*": è necessario, dunque, interrogare circa le pratiche religiose di ambedue i genitori, circa il loro battesimo, la frequentazione delle chiese durante l'infanzia della parte che afferma di non essere battezzata e l'eventuale battesimo degli altri fratelli[63]. Nel caso, invece, di un matrimonio celebrato *coram Ecclesia* con la dispensa dall'impedimento della disparità di culto, l'istruttoria deve allegare agli atti esemplari della dispensa e del processicolo matrimoniale, secondo il disposto del § 5. Altra problematica si pone per il conferimento del battesimo che non si presume quando i genitori non hanno professato alcuna religione, oppure facevano parte di una comunità che non conosce il battesimo o battezza soltanto gli adulti. Al contrario, bisogna presumere l'amministrazione del battesimo quando i genitori della persona facevano parte di una comunità che ammette il battesimo come necessario alla salvezza e lo amministra anche ai bambini. Nel caso, però, in cui non ci sia alcuna presunzione circa il conferimento del battesimo, va applicata la regola che il fatto non va presunto ma provato, così come qualora esistano dubbi sulla validità del battesimo, in tali casi bisogna presumere a favore della validità del sacramento.

---

[60] Cfr. Andrea Silvestrelli, *Scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, cit., p. 193 ss.

[61] Cfr. Janusz Kowal, *Lo scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, cit., p. 472 ss., il quale specifica che spesso di particolare sostegno possono essere le zie e gli zii della parte non battezzata, oppure qualche vecchio amico di famiglia che conosce l'oratore fin dalla nascita.

[62] Cfr. Alan McCormack, *Normae de conficiendo processu pro solutione vinculi matrimonialis* in favorem fidei, Gregoriana University Press, Roma, 2002, p. 26 ss.

[63] Cfr. Frederick Easton, *Favor of the Faith Cases and the 2001 Norms of the Congregation of the Doctrine of the Faith*, cit., p. 105 ss.

In merito al secondo oggetto dell'istruttoria, cioè la non consumazione del matrimonio dopo l'eventuale battesimo della parte non battezzata, si deve *in primis* accertare la non consumazione di quel matrimonio a partire dalla data sicura di ricezione del battesimo della parte in precedenza non battezzata; bisogna, poi, indagare circa la coabitazione delle parti dopo il conferimento del battesimo, ex art. 17 delle Norme, poiché, con il battesimo di entrambi i coniugi, il matrimonio diventa rato e, se le parti coabitano, si applica la presunzione di consumazione (can. 1061 § 2) e, di conseguenza, il vincolo è considerato anche estrinsecamente indissolubile (can. 1141). Naturalmente la prova della consumazione è più facile quando il battesimo è stato ricevuto dopo la separazione definitiva, nella situazione, cioè, che permette di escludere qualunque presunzione della consumazione: la norma, infatti, indica come materia su cui interrogare i rapporti intercorsi dopo la separazione. La prova, invece, è più difficile ed impegnativa se la parte non battezzata ha ricevuto il battesimo durante la loro vita comune, oppure se la convivenza è continuata anche solo formalmente[64].

Le Norme, poi, prevedono alcuni *requisiti per la liceità dello scioglimento*: verificare lo stato di vita delle parti e della causa del naufragio del matrimonio, specialmente se dopo il divorzio l'altra parte ha attentato il nuovo matrimonio o meno, vive da sola oppure ha scelto la via dei consigli evangelici[65]; sentire entrambe le parti e i testi perché emerga con certezza chi delle due parti fu la causa che portò alla separazione o al divorzio e quindi alla rottura del matrimonio, oppure dei matrimoni, se anche il futuro coniuge è reduce da un fallimento coniugale[66]; presentazione del decreto civile di divorzio oppure della sentenza di nullità, ex art. 19 § 1[67]; riferire se l'oratore

---

[64] Cfr. Pietro Amenta, *Le procedure in materia di matrimonio canonico: storia, legislazione e prassi*, cit., p. 99 ss., il quale evidenzia che anche l'art. 17 delle Norme è ostativo alla prosecuzione della domanda, laddove emerga dall'istruttoria che il coniuge non battezzato al momento del matrimonio abbia poi ricevuto il battesimo cristiano successivamente alla celebrazione del matrimonio stesso, se contratto con un coniuge a sua volta già battezzato. In questo caso, se sia dimostrata la coabitazione delle parti successiva al battesimo della parte pagana, si presume la consumazione del matrimonio e, di conseguenza, la piena indissolubilità del vincolo, con la conseguente impossibilità di presentare la domanda al Sommo Pontefice, perché nel frattempo il vincolo naturale si è tramutato in vincolo sacramentale consumato.

[65] Cfr. Janusz Kowal, *Lo scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, cit., p. 477 ss., che pone in risalto che l'art. 18 delle Norme non menziona esplicitamente il futuro coniuge ma l'obbligo di interrogarlo a proposito della causa della separazione è palese in relazione all'art. 4 § 2.

[66] Cfr. Paolo Moneta, *Le nuove norme per lo scioglimento del matrimonio in favore della fede*, cit., p. 1344 ss.

67 Congregazione per la Dottrina della Fede, *Note riguardanti gli aspetti documentali e procedurali delle cause in favore della fede*, n. 5: «Nel fascicolo, per ogni e singolo matrimonio celebrato o attentato sia dalla parte oratrice sia da quella interessata, vanno acclusi i certificati di divorzio

ha avuto figli dal primo matrimonio e in quale modo sta provvedendo o provvederà alla loro educazione religiosa, ex art. 20: è questo il cd. *obbligo d'indole religiosa*, da adempiere secondo le leggi e le possibilità dell'oratore, che include tutta la sfera degli obblighi morali e spirituali dei genitori[68], tenuto conto anche delle disponibilità economiche[69]; indagare circa la sincerità della conversione, ex art. 21: è necessaria l'intenzione retta nel ricevere il battesimo perché si possa parlare di *favor fidei* in senso stretto e perché possa concedersi lo scioglimento del matrimonio[70]. Intenzione richiesta, nella specie, non solo nella ricezione del battesimo ma anche nella conversione, poichè quando si tratta del battesimo di un adulto, ciò non può verificarsi se non dopo la conversione che, pertanto, deve essere sincera, così da garantire il *favor fidei*, elemento indispensabile perché si possa sciogliere il vincolo precedente e celebrare nuove e valide nozze. Diversamente, non si può accedere a nuove nozze perché, mancando lo scioglimento del primo per insufficienza della sua motivazione portante, cioè la conversione, non si possono celebrare nuove e valide nozze. La norma lascia chiaramente intendere che convertita e battezzata può essere non solo la parte oratrice o quella associata/convenuta, ma anche la parte da sposare e, se la parte oratrice non sia battezzata, ma lo sia la parte da sposare, bisognerà indagare sulle intenzioni di quest'ultima nel ricevere il battesimo perché possa applicarsi validamente il *favor fidei*. Bisognerà tener presente, dunque, che la parte oratrice può essere la parte non battezzata che si converte e si fa battezzare,

o le sentenze di nullità civile e, per quanto riguarda eventuali sentenze di nullità canonica, anche la parte dispositiva delle sentenze ecclesiastiche. Per i matrimoni attentati al di fuori della forma canonica, anche se il processo documentale non è richiesto, deve essere sempre inclusa negli atti una dichiarazione amministrativa data dalla competente autorità per qualsiasi unione del genere».

[68] Cfr. Luigi Sabbarese, Elias Frank, *Scioglimento in favorem fidei del matrimonio non sacramentale*, cit., p. 72 ss., i quali rilevano che le Norme distinguono opportunamente tra obblighi della parte oratrice verso la prole e obblighi secondo giustizia verso la prole e i coniugi: circa il primo gruppo di obblighi, la parte oratrice, nel caso vi siano figli, deve spiegare come abbia provveduto o intenda provvedere all'educazione religiosa dei figli nati dal matrimonio naturale. Bisogna tener presente che in genere i coniugi che chiedono lo scioglimento del matrimonio naturale hanno già ottenuto il divorzio civile e, quindi, il giudice civile ha già stabilito se i figli minori debbano essere affidati alla madre o al padre: se i figli sono affidati alla parte oratrice, è più facile che questa ne curi l'educazione cattolica; ma se i figli sono affidati alla parte non battezzata, sarà più difficile provvedere all'educazione cattolica. Tuttavia, spetta alla parte oratrice preoccuparsi affinchè i figli, pur se affidati al coniuge infedele, siano educati secondo la fede cattolica. Circa il secondo gruppo di obblighi, essi, precisano gli Autori, sono stabiliti nella sentenza civile di divorzio.

[69] Cfr. Alan McCormack, *Normae de conficiendo processu pro solutione vinculi matrimonialis* in favorem fidei, cit., p. 31 ss., il quale osserva che la parola *facultas* nel Codice ha anche il senso giuridico di disponibilità economica (can. 1271) o di averi economici (can. 1300).

[70] Cfr. Jose Rodriguez, *Disólucion del vinculo matrimonial en favor de la fe*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 1974, p. 539 ss.

la parte battezzata cattolica che si converte, l'una o l'altra senza la conversione e il battesimo, la parte cattolica o quella non battezzata che proviene da un matrimonio contratto con dispensa dall'impedimento di *disparitas cultus*. Pertanto, quando oratrice è la parte non battezzata[71], e battezzata risulta invece la parte promessa sposa, bisogna verificare le intenzioni di questa nella conversione e nel battesimo. Nel caso si tratti di sciogliere il vincolo di un matrimonio in cui nessuna delle parti si converte e si battezza, il *favor fidei* si realizzerà comunque, ma solo quando una di queste parti non battezzate contrarrà nuove nozze con un parte cattolica; si tratterà, in questo caso, di un matrimonio con dispensa dall'impedimento di disparità di culto da richiedersi previamente alle nuova nozze da contrarre[72].

Deve essere interrogato anche il parroco, oltre ad altri sacerdoti o laici che siano stai coinvolti nell'istruzione catechetica del battezzato. L'istruttoria per lo scioglimento del vincolo *in favorem fidei* riguarda non solo le parti del matrimonio il cui vincolo si chiede venga sciolto, ma anche i futuri sposi, anche se non cattolici. Di solito, per adempiere questo requisito, basta includere negli atti, ex art. 22 § 2, una lettera o una testimonianza del parroco che conosce le parti oppure che le sta già preparando al nuovo matrimonio[73].

Completata tale fase, l'istruttore può emettere il decreto di conclusione dell'istruttoria, anche se le Norme non lo chiedono, senza però pubblicare gli atti, secondo quanto disposto dall'art. 23. Egli, non essendo giudice, non emette alcuna sentenza ma stende una relazione sull'andamento dell'istruttoria, una sorta di commento di prima mano sull'andamento del processo e deve essere aggiunta agli atti già quando essi sono trasmessi al difensore del vincolo[74]: nella relazione[75], l'istruttore valuta la qualità delle testimonianze, le eventuali ragioni per le quali uno o più testi indicati dalla parte oratrice non si sono presentati a deporre formalmente oppure precisa perché le ne-

---

[71] *Contra*, Elena Lucia Bolchi, *Lo scioglimento del matrimonio non sacramentale in favorem fidei*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2007, p. 135 ss.

[72] Cfr. Luigi Sabbarese, *Lo scioglimento del matrimonio in favore della fede: la fase diocesana della procedura*, cit., p. 82 ss.

[73] Cfr. Antonino Abate, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, cit., p. 291 ss.

[74] Cfr. Wojciech Kowal, *The new norms for completing the process for the Dissolution of the Matrimonial bond in favour of the faith*, cit., p. 85 ss.

[75] Cfr. Pietro Amenta, *Le procedure in materia di matrimonio canonico: storia, legislazione e prassi*, cit., p. 99 ss., che precisa il ruolo dell'Istruttore: l'art. 23 richiede allo stesso un'*apta relatio*, che non è un voto *pro rei veritate*, di spettanza invece del Vescovo, *ex* art. 24, ma una «fotografia» del procedimento, evidenziandone il *modus procedendi*, l'adempimento delle condizioni, soprattutto quelle di carattere formale. Egli non entra nel merito delle prove ma semplicemente le enumera e le descrive, denunciando, se opportuno, le difficoltà incontrate nell'istruttoria e le soluzioni adottate oppure rendendo ragione della mancanza di qualche elemento o di qualche adempimento istruttorio.

cessarie ricerche documentali sulla non ricezione del battesimo della parte interessata siano state omesse[76].

Completato il sommario, l'istruttore trasmette tutti gli atti al difensore del vincolo per le sue osservazioni: egli, in conformità con le norme codiciali, è tenuto al dovere di proporre ed esporre tutti gli argomenti che possono essere ragionevolmente addotti come scioglimento (can. 1432) e, in particolare ex art. 23, deve presentare argomenti sostanziali e ragionevoli che si oppongano alla concessione della grazia dello scioglimento e verificare se l'istruttore abbia osservato le norme procedurali, facendo attenzione soprattutto a quanto potrebbe rendere nullo il processo. Se non consta nulla contro lo scioglimento, lo dichiara per iscritto e trasmette gli atti all'istruttore. Questi, ricevute le osservazioni del difensore del vincolo, trasmette tutti gli atti, comprese le osservazioni del difensore del vincolo, al Vescovo committente per il suo *votum*[77], ex art. 24.

Il Vescovo dà la sua opinione contro o in favore della concessione della grazia[78] e nel suo *votum* precisa se sono presenti tutte le condizioni per concedere la grazia: la non ricezione del battesimo di una parte, la firma apposta alle cauzioni prescritte nell'art. 5, il dubbio circa la validità del matrimonio; quali sono le motivazioni per concedere la grazia: l'impossibilità di riprendere la vita coniugale perché la parte oratrice ha attentato a un nuovo matrimonio, vive in concubinato, ci sono figli nati dalla seconda unione; l'assenza di colpevolezza esclusiva o prevalente nella rottura del matrimonio da parte dell'oratore; l'assenza di responsabilità nella parte con cui si deve contrarre o convalidare il matrimonio circa la rottura del precedente matrimonio; altre motivazioni per la concessione della grazia: l'assenza di qualunque scandalo legato alla concessione della grazia[79]; la sincerità della conversione della par-

---

[76] Cfr. Frederick Easton, *Favor of the Faith Cases and the 2001 Norms of the Congregation of the Doctrine of the Faith*, cit., p. 112 ss, il quale osserva che la relazione è anche un commento cautelativo per le eventuali richieste di altre testimonianze o di altri adempimenti documentali che la Congregazione potrebbe chiedere.

[77] Andrea Silvestrelli, *Scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, cit., p. 190 ss., il quale evidenzia che il *votum*, essendo un documento che coinvolge l'autorità personale del Vescovo poiché esprimente la sua opinione sul caso e determinante le ragioni per le quali esso viene raccomandato, deve essere firmato dallo stesso Vescovo diocesano, anche nell'ipotesi in cui esso sia preparato da un'altra persona.

[78] Cfr. Pietro Amenta, *Le procedure in materia di matrimonio canonico: storia, legislazione e prassi*, cit., p. 101 ss., il quale rileva che il Vescovo, scrivendo *pro rei veritate*, fa una vera e propria valutazione delle prove raccolte e denuncia la loro congruità con le condizioni previste dalla normativa sostanziale, assicurandosi che, in caso di nuovo matrimonio dispari o di mista religione, siano adempiute le condizioni previste dal can. 1125 con la sottoscrizione delle cauzioni di cui all'art. 5.

[79] Cfr. Janusz Kowal, *Lo scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, cit., p. 493 ss., il quale sottolinea che la dichiarazione cd. *de scandalo non timendo* va intesa correttamente: il Vescovo deve

te oratrice o della terza parte; la mancanza o l'adempimento degli obblighi legati al matrimonio precedente[80].

Ricevuto il *votum* del Vescovo, il notaio del tribunale amministrativo numera tutte le pagine, se non sono state ancora numerate e prepara un indice degli atti[81], indicando le pagine in cui essi si trovano; inoltre, deve anche preparare un sommario, secondo il formato indicato dalla Congregazione competente, autenticando il tutto.

Quindi, il Vescovo deve inviare alla Congregazione per la Dottrina della Fede, di solito tramite la Nunziatura, tre esemplari di tutti gli atti, trascritti tipograficamente, insieme al suo voto e alle osservazioni del difensore del vincolo, provvisti di un indice di materie ed un sommario, secondo il disposto dell'art. 25. Inoltre, si precisa che il testo deve essere redatto in una delle lingua conosciute e ammesse dalla Curia Romana[82]: se qualche documento o deposizione è redatto in lingua locale, non riconosciuta dalla Curia Romana, deve essere tradotta fedelmente sotto giuramento, secondo il senso dell'art. 16 della Cost. apost. *Pastor Bonus* di Giovanni Paolo II.

La Congregazione, ricevuto il dossier, lo protocolla e comunica al Vescovo il numero di protocollo. Da questo momento in poi bisogna solo aspettare il rescritto, affermativo o negativo, salvo che la Congregazione non chieda chiarimenti attraverso un'istruttoria supplementare e seguendo le istruzioni date caso per caso dal Dicastero competente.

Se la risposta della Congregazione è affermativa, e quindi il Santo Padre ha sciolto il vincolo matrimoniale in vista del nuovo matrimonio, questo deve essere comunicato alle parti e alla parrocchia dove la parte cattolica è stata battezzata o accolta nella Chiesa cattolica, per essere annotato nel

---

dire se la concessione della dispensa possa in futuro provocare scandalo o meno. Lo scandalo, cioè, è messo in relazione non con la situazione attuale o pregressa del richiedente, quanto con la situazione futura. La preoccupazione è che il provvedimento pontificio vada realmente a beneficio delle anime, non solo delle parti coinvolte, ma anche di tutta la comunità cristiana: tale non sarebbe un provvedimento pontificio, qualora provocasse scandalo o solo grande meraviglia ed incomprensione da parte dei fedeli.

[80] Congregazione per la Dottrina della Fede, *Note riguardanti gli aspetti documentali e procedurali delle cause in favore della fede*, n. 3: «Prima che il caso venga trasmesso a Roma, devono essere affrontati e risolti ogni problema relativo al pericolo di un eventuale scandalo legato alla concessione della grazia, così come ogni eventuale dubbio sulla sincerità della conversione della parte oratrice o della terza parte, oppure eventuali difficoltà riguardanti il modo con cui la parte oratrice provveda agli obblighi derivanti dalla precedente unione».

[81] Congregazione per la Dottrina della Fede, n. 8, osserva che l'indice va inteso come tavola dei contenuti o la lista di tutti i documenti, testimonianze e altri atti e le pagine in cui essi sono trovati. Ecco perché ogni pagina deve essere sempre numerata.

[82] Cfr. Luigi Sabbarese, *Lo scioglimento del matrimonio in favore della fede: la fase diocesana della procedura*, cit., p. 92 ss.

registro dei battezzati o nel registro dov'è stata annotata l'avvenuta ricezione nella Chiesa cattolica. Se la risposta è, invece, negativa, è sufficiente avvisare le parti che la richiesta di scioglimento non ha avuto esito positivo.

3. *La fase apostolica dello scioglimento* in favorem fidei *e i riflessi dell'annotazione del rescritto pontificio nel registro dei battezzati sull'esercizio dello* ius connubii

Ultimata la fase istruttoria, il processo viene sottoposto allo studio della Congregazione per la Dottrina della Fede, presso la quale esiste una speciale commissione, che studia la causa per verificare se vi siano tutti i requisiti del caso istruito e se la stessa possa essere presentata al Romano Pontefice per la concessione della grazia dello scioglimento. Tale Congregazione, in forza dell'art. 53 della Cost. apost. *Pastor Bonus*[83], è competente a conoscere "*quae privilegium fidei respiciunt*"[84]. Giunta la causa all'Ufficio Matrimoniale della Congregazione, l'esame del fascicolo di causa avviene con gradualità, in tre fasi.

La prima è volta a verificare se il fascicolo inviato dal Vescovo è completo: in caso contrario si chiede al Vescovo un *supplementum instructorium*.

La seconda fase prevede l'intervento del difensore del vincolo della Congregazione: il suo compito è verificare se vi siano elementi che ostano alla concessione della grazia: se questi possono essere sanati con un *supplementum instructorium*, si chiede al Vescovo interessato di provvedere. Dopo che il fascicolo di causa è stato completato e il difensore del vincolo della Congregazione ha concluso le sue osservazioni, la causa passa all'esame di tre Commissari[85], scelti dall'apposita Commissione speciale istituita presso la Congregazione e nominati *ad hoc* dal Prefetto della Congregazione, i quali

---

[83] Giovanni Paolo II, Costituzione apostolica *Pastor Bonus*, 28 giugno 1988, art. 53: «Spetta alla Congregazione per la Dottrina della Fede di giudicare, in linea sia di diritto che di fatto, quanto concerne il privilegium fidei».

[84] *L'attività della Santa Sede nel 2008* (Pubblicazione non ufficiale), LEV, Città del Vaticano, 2008, p. 439 ss., precisa che la Congregazione tramite il suo Ufficio Matrimoniale è impegnata prevalentemente nell'esame delle cause di scioglimento del vincolo tra una parte battezzata e una parte non battezzata oppure tra due parti non battezzate quando non può essere applicato il privilegio paolino.

[85] Cfr. John Joseph Kennedy, *Prassi ed orientamenti della Congregazione per la Dottrina della Fede*, in Aa.Vv., *Lo scioglimento del matrimonio canonico*, a cura di Associazione Canonistica Italiana, LEV, Città del Vaticano, 2013, p. 102 ss., il quale rileva che i tre Commissari studiano gli Atti a domicilio. Ogni Commissario riceve quindi un certo numero di casi, di solito variabile tra i 6 e i 12. Quando i casi sono studiati, tutti e tre i Commissari si incontrano presso la Congregazione dove si discute nel merito ogni caso.

devono studiare la causa e redigere un proprio *votum* da far conoscere agli altri Commissari in seduta comune. Dopo la discussione, esaminata ogni cosa, la Commissione può adottare, a maggioranza, quattro decisioni diverse: *negative*, *dilata et compleantur acta*, *procedatur ad ulteriora*, *pro gratia*. Se il giudizio della causa concluda per una risposta negativa[86] o dilatoria, la Congregazione può respingere la petizione proposta dal coniuge oratore, nel caso in cui le ragioni addotte a sostegno dello scioglimento non siano sufficienti, oppure può chiedere al Vescovo interessato un supplemento d'istruttoria, segnalando la materia circa la quale l'istruttoria deve essere completata e gli elementi per compiere tale supplemento. Invece, nel caso in cui vi siano difficoltà ad accogliere la petizione sia per cause procedurali sia per cause dottrinali, il fascicolo passa all'istanza superiore: nello specifico, per risolvere questioni legate alla procedura, interviene il Congresso, cui prendono parte il Capo Dicastero, il Prelato Superiore, il Sottosegretario, i Capi Ufficio e, a giudizio del Capo Dicastero, gli Aiutanti di Studio e altri Officiali[87], previo parere di esperti in materia; per le questioni dottrinali, invece, interviene la Consulta, previo parere di almeno due superperiti o consultori della Congregazione[88].

Le conclusioni dei Consultori, insieme al fascicolo della causa, sono esaminati dal Congresso e le decisioni dei Padri sono, infine, sottoposte al Romano Pontefice.

Se il caso in esame possiede con morale certezza tutti i requisiti necessari,

---

[86] In tal caso, si ha la certezza morale che il caso non può essere presentato al Santo Padre.

[87] *Regolamento Generale della Curia Romana*, art. 118 § 1, in AA.VV., *Commento alla Pastor Bonus e alle norme sussidiarie della Curia Romana*, a cura di PIO VITO PINTO, cit., p. 441 ss.

[88] Cfr. LUIGI SABBARESE, ELIAS FRANK, *Scioglimento in favorem fidei del matrimonio non sacramentale*, cit., p. 100 ss., i quali sottolineano che i casi più difficili di carattere dottrinale riguardano la validità del battesimo, specie quello ricevuto nelle sette di recente istituzione; non vi sono, invece, difficoltà ad ammettere la validità del battesimo conferito nelle Chiese ortodosse e in quelle della riforma d'Occidente. Ad ogni modo, sarà necessario riferirsi alle indicazioni date in proposito dal nuovo direttorio ecumenico, soprattutto per verificare la materia e la forma utilizzate nel battesimo. Sino ad oggi, sono senz'altro invalidi i battesimi amministrati nella "Comunità cristiana", nella "Chiesa della nuova Gerusalemme", nella "Chiesa di Gesù Cristo dei Santi dell'ultimo giorno", nella "Chiesa libero-cattolica di Olanda", presso i testimoni di Geova e presso gli Unitariani; ANDREA SILVESTRELLI, *Scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, cit., p. 201 ss., ricorda che tra questi casi, in passato, si rimetteva la richiesta di scioglimento di matrimonio della persona che desiderava entrare in un istituto religioso. Attualmente, invece, se una persona vuole entrare in un istituto oppure accedere all'Ordine del presbiterato, non si suole concedere la grazia dello scioglimento del matrimonio, ma soltanto la dispensa dal relativo impedimento. Similmente, nel caso delle richieste dello scioglimento di matrimonio senza intenzione di contrarne uno nuovo: in casi del genere, si raccomanda che la causa sia istruita immediatamente e mandata alla Congregazione, per evitare il rischio di perdere contatto con vari testi essenziali. Tuttavia, la prassi del Dicastero è di raccomandare la grazia solo quando l'oratore ha scelto la parte con la quale celebrerà il futuro matrimonio.

la Commissione lo definisce affermativamente (*pro gratia*) e la Congregazione raccomanda la concessione della dispensa al Romano Pontefice, inviando il sommario complessivo della causa e il suo parere positivo. Spetta solo al Romano Pontefice, in forza della suprema potestà di cui gode, concedere la grazia attraverso il rescritto di scioglimento[89], in genere in occasione dell'udienza data al Prefetto o al Segretario della Congregazione. In tal caso, il rescritto contenente la concessione della grazia viene inviato al Vescovo interessato, che lo consegnerà alle parti: esso non ha bisogno di esecuzione, salvo i casi in cui ciò sia previsto dal diritto, ma ex can. 62 CIC, produce i suoi effetti dal momento in cui viene emesso[90].

Talvolta, la Congregazione riceve la richiesta che un caso venga trattato con urgenza: nonostante sia prassi trattare i casi in base alla data di arrivo, si cerca di facilitare la richiesta del Vescovo[91].

Sciolto il vincolo, entrambe le parti sono libere e hanno, dunque, facoltà di celebrare nuove nozze. Se l'altra parte si è associata alla petizione della parte oratrice, la Congregazione comunica anche a lei il rescritto di concessione della grazia, anche se, talvolta, la comunicazione all'altra parte, soprattutto quando questa è convenuta, è più difficile[92]: il che non impedisce alla parte convenuta di contrarre nuove nozze ma essa potrà farlo solo con il ricorso alla Congregazione per la Dottrina della Fede, sia per ottenere la licenza nel caso di matrimonio misto, sia per ottenere la dispensa dall'impedimento, nel caso di matrimonio con *disparitas cultus*. Il rescritto, infatti, concede alle parti di contrarre un nuovo matrimonio, ma nella forma canonica.

Nel rescritto pontificio *pro gratia*, sono rilevanti le specificazioni che riguardano sia la parte oratrice sia l'altra parte, come anche la condizione canonica della nuova comparte. Della parte oratrice, inoltre, rileva sapere se sia battezzata cattolica o acattolica, o se non sia battezzata, e con chi intenda contrarre nuove nozze o convalidare un'unione attentata. Pertanto, sarà utile tener conto di tutti questi elementi che vengono inseriti nel rescritto pontificio e che devono essere rispettati per la celebrazione di nuove nozze

---

[89] Cfr. Salvatore Berlingó, *La diversa natura delle procedure speciali*, in Aa.Vv., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, LEV, Città del Vaticano, 1992, p. 18 ss.

[90] Cfr. Velasio De Paolis, Andrea D'Auria, *Le Norme Generali. Commento al Codice di Diritto Canonico*, UUP, Città del Vaticano, 2014, p. 239 ss.

[91] Cfr. John Joseph Kennedy, *Prassi ed orientamenti della Congregazione per la Dottrina della Fede*, cit. p. 103 ss., il quale evidenzia che per qualificare una situazione come urgente ci sono molti esempi, quali una malattia terminale di una delle parti o di uno dei loro familiari stretti, una situazione nella quale l'impedimento di un'unione precedente è stato scoperto solamente poco tempo prima del matrimonio, o qualcosa che potrebbe provocare serie difficoltà o pene per le parti.

[92] Cfr. Antonino Abate, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, cit., p. 305 ss.

o per la convalida di un matrimonio attentato. In tutti i casi, è necessario che le nuove nozze vengano celebrate nella forma canonica, secondo quanto disposto nella legislazione canonica, così che nel nuovo matrimonio da contrarre, se una delle parti non è battezzata, sarà necessario richiedere e ottenere la dispensa dall'impedimento di disparità di culto, se una delle parti è acattolica sarà necessario richiedere e ottenere la licenza espressa[93]. In entrambe le ipotesi, non è sufficiente rivolgersi all'Ordinario o Gerarca del luogo ma sarà necessario che la dispensa o la licenza venga concessa dalla Congregazione per la Dottrina della Fede.

Nello scioglimento in favore della fede tra una parte non battezzata e una parte il cui battesimo è incerto, il rescritto *pro gratia* dispone che la parte oratrice, che intende convalidare la propria unione con una parte cattolica, deve aver previamente prestato le cauzioni del caso e aver ottenuto la dispensa dall'impedimento di disparità di culto e che la parte cattolica deve soddisfare una congrua penitenza per aver attentato matrimonio[94]. Quando, invece, la grazia riguarda la scioglimento di un vincolo tra due non battezzati, dove la parte oratrice intende convalidare l'unione con una parte acattolica, prestate le cauzioni del caso e ottenuta la previa dispensa dall'impedimento di disparità di culto, si procederà alla convalidazione di quella nuova unione solo dopo la conversione della parte acattolica. Ottenuto lo scioglimento in favore della fede di un vincolo tra una parte cattolica e una parte non battezzata, la parte oratrice cattolica può contrarre nuove nozze con una parte cattolica; se vi è stata illecita convivenza, tuttavia, sarà imposta ad entrambe una congrua penitenza. Nel caso, invece, sia stato sciolto un vincolo tra una parte acattolica e una parte non battezzata, la parte oratrice, dopo la conversione, può contrarre nuove nozze con una parte cattolica.

Nello scioglimento di un vincolo tra una parte non battezzata e una parte il cui battesimo è incerto, se la parte oratrice, già cattolica, intende contrarre nuove nozze con una parte acattolica, deve prestare le cauzioni del caso e ottenere la previa licenza per matrimonio di mista religione; se, invece, la parte oratrice non ancora battezzata intende convalidare la sua unione con un catecumeno, può farlo dopo aver ricevuto il battesimo lui e la nuova comparte. Nel caso di scioglimento di un vincolo tra una parte non battezzata e una parte acattolica, la parte oratrice, dopo il battesimo, può contrarre nuove nozze con una parte cattolica; se, però, la parte oratrice è acattolica e vuole sposare una parte cattolica, deve prima prestare le debite cauzioni e ottenere

[93] Cfr. Janusz Kowal, *Lo scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, cit., p. 483 ss.

[94] Cfr. Antonio Silvestrelli, *Scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, cit., p. 202 ss.

la previa licenza dalla proibizione di *mixta religio*. Quando la stessa parte oratrice acattolica intende convalidare la sua unione con una parte cattolica, prestate sempre le cauzioni e ottenuta la previa licenza per contrarre un matrimonio misto, alla parte cattolica si dovrà imporre una congrua penitenza per attentato matrimonio. Nel caso anche la parte oratrice sia cattolica, sarà imposta anche a lei una congrua penitenza per attentato matrimonio[95].

Quando si tratta di una parte oratrice cattolica, che intende contrarre nuove nozze con una parte cattolica, e sia intercorsa convivenza *more uxorio*, allora nel rescritto di grazia dello scioglimento del vincolo naturale si aggiunge una congrua penitenza sia alla parte oratrice sia alla nuova comparte, per illecita coabitazione.

Nello scioglimento di un vincolo in cui la parte oratrice è acattolica, questa può convalidare la propria unione con un catecumeno, dopo la sua conversione e dopo il battesimo del catecumeno; se, invece, la parte oratrice è cattolica e intende contrarre nuove nozze o convalidare un'unione con un catecumeno, è sufficiente che solo questi riceva previamente il battesimo. Quando si tratta di una parte oratrice non battezzata che intende convalidare la sua unione con un catecumeno, è necessario che oltre al battesimo del catecumeno vi sia la prestazione delle debite cauzioni e la previa dispensa dall'impedimento di disparità di culto. Bisogna, poi, tener presente che, oltre ai casi in cui la parte oratrice chiede lo scioglimento del vincolo naturale per assumere un nuovo stato di vita non coniugale e, quindi, per consacrarsi in un istituto religioso o per accedere agli ordini sacri, può presentarsi anche il caso in cui la medesima parte oratrice non abbia in mente di contrarre nuove nozze, ma chiede lo scioglimento unicamente per motivi di coscienza. La Congregazione per la Dottrina della Fede, esaminato il caso, non lo presenta al Santo Padre per la grazia, ma la parte oratrice potrà senz'altro ricorrere nuovamente quando avrà scelto una nuova comparte e avrà deciso di contrarre nuove nozze secondo la forma canonica.

---

[95] Cfr. Luigi Sabbarese, Elias Frank, *Scioglimento in favorem fidei del matrimonio non sacramentale*, cit., p. 103 ss., i quali precisano che può darsi anche il caso di scioglimento tra una parte acattolica e una parte non battezzata, dove, però, la parte oratrice acattolica intende contrarre nuove nozze con una parte cattolica. In questo caso, è necessario prestare le cauzioni di rito e ottenere la previa licenza dalla proibizione di *mixta religio*.

Il "crimen apostasiae" nell'età del secolarismo

Francesco Salvatore Rea

1. *L'apostata: condizione giuridica di chi vive "extra Ecclesiam"*

La riforma del *Codex Iuris Canonici* operata da Benedetto XVI con il *Motu proprio "Omnium in mentem"* del 26 ottobre 2009 pone delle problematiche che ne rendono l'impatto sul sistema penale della Chiesa cattolica decodificabile in modo biunivoco. L'unitarietà della condizione del battezzato, che rimanda ad una ancor più profonda realtà unitaria, quella della Chiesa di Cristo quale sacramento di salvezza, non può consentire al legislatore canonico di far venire meno, né tantomeno limitare quelli che sono gli effetti interni ed ontologici che da tale condizione si riversano sul piano giuridico. Ciò che, invece, il legislatore può fare è intervenire nell'ambito di operatività delle leggi ecclesiastiche, liberando dalla loro forza vincolante alcune categorie di soggetti battezzati[1]. Già nel *Codex* del 1917 erano stati presi in considerazione, con riferimento alla legge sulla forma di celebrazione del matrimonio, i figli di genitori non cattolici i quali pur battezzati nella Chiesa cattolica, sin dall'età infantile fossero cresciuti al di fuori della Chiesa (cfr. can. 1099 § 2-3).

La norma in esame, infatti, recependo quanto contenuto nel decreto "*Ne temere*" del 2 luglio 1907, prevedeva una esenzione dalla forma canonica per tutti coloro che "*item ab acatholicis nati, etsi in Ecclesia catholica baptizati, qui ab infantili aetate in haeresi vel schismate aut infidelitate vel sine ulla religione adoleverunt, quoties cum parte acatholica contraxerint*"[2].

---

[1] Cfr. Paolo Moneta, *Battesimo, appartenenza alla Chiesa e soggezione alle leggi ecclesiastiche (dopo il M.P. Omnium in mentem)*, in *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, I, Giappichelli, Torino, 2011.

[2] Cfr. Miguel Angel Ortiz (a cura di), *La forma canonica quale garanzia della verità del matrimonio*, Vol. III, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005.

Fu successivamente precisato, inoltre, che l'esenzione riguardava non soltanto i figli di soggetti acattolici, bensì anche quelli battezzati nella Chiesa cattolica ma educati *extra Eam*[3]; che non era necessario che i due genitori fossero entrambi cattolici, risultando sufficiente che lo fosse uno solo e che, infine, occorreva fossero esentati tutti i figli di apostati pubblici[4]. Questa previsione legislativa ebbe una vita travagliata: fu più volte sottoposta all'esame della Pontificia Commissione per l'Interpretazione Autentica e, alla fine, fu soppressa da Pio XII con un Decreto del 1 agosto 1948, a motivo delle innumerevoli difficoltà di applicazione pratica di tale eccezione all'obbligatorietà della forma[5].

Il problema, quindi, è quello di stabilire se l'applicabilità delle disposizioni canoniche debba essere ricondotta al solo fatto di aver ricevuto il battesimo o se si debba richiedere anche un minimo di professione di fede cattolica e di appartenenza alla Chiesa. E, certamente, non può nascondersi che tale esigenza trovi enormi difficoltà a proiettarsi in una concreta applicazione sul piano giuridico, risultando tanto più complessa quanto più il battesimo perde il suo ontologico significato religioso a beneficio del mero dato anagrafico; da qui alla nascita del suo opposto, di quell'atto che volontariamente ne annulla gli effetti, ripristinando nella sfera giuridica del fedele lo *status quo ante*, dell'apostasia, il passo è alquanto breve.

È, d'altra parte, noto come il vigente *Codex Iuris Canonici* abbia tentato di affrontare la questione, non in via generale e sistematica, ma attraverso previsioni settoriali soprattutto in materia matrimoniale, avendo particolare attenzione alla forma di celebrazione ed alla problematica dei matrimoni misti.

Si trattava, in buona sostanza, di preservare lo *ius connubii* quale diritto fondamentale connaturato ad ogni fedele in quanto uomo, attraverso l'esenzione dalla forma canonica di celebrazione matrimoniale per tutti coloro i quali, benché battezzati, non avrebbero certamente mai celebrato *in hoc*

---

[3] Cfr. Francisco Xavier Wernz-Petri Vidal, *Ius Canonicum*, Vol. V, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1946, p. 552 e ss.

[4] Cfr. Risposta del 20 luglio 1929, in *AAS 21*, 1929, n. 573; cfr. anche Risposta del 17 febbraio 1930, in *AAS 22*, 1939, n. 195. Sul tema si veda *amplius* Pietro Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio*, Vol. I, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1932, pp. 144-147.

[5] Il Decreto di Pio XII è rinvenibile in *AAS 40*, 1948, n. 305. Si sanciva esplicitamente che "*ad experientia triginta annorum satis docuit exemptionem a servanda canonica matrimonii forma, huiusmodi in Ecclesia catholica baptizatis concessam, bono animarum haud emolumento fuisse, immo in solutione casuum saepe saepius difficultates multiplicasse; quamobrem Nobis visum est expedire ut memorata exemptio revocetur*". Per cui, dopo il 1948, risultavano esentati soltanto gli acattolici, battezzati o meno, quando contraevano tra loro matrimonio. Si assisteva, quindi, alla reviviscenza del principio *semel catholicus, semper catholicus*, con conseguente irrilevanza di qualunque forma di allontanamento dalla Chiesa e qualsiasi celebrazione diversa da quella canonica.

modo, riconoscendo, quindi, piena ed intera validità ai matrimoni celebrati in un contesto *extra Ecclesiam*. A risultati più o meno simili avrebbe condotto la deroga all'impedimento da *disparitas cultus*, che andrebbe chiaramente ad essere esautorato della sua principale *ratio* giustificativa, nei confronti di coloro i quali si siano già allontanati dalla Chiesa: vale a dire quella di evitare il pericolo di perversione della fede.

Sulla base di queste considerazioni il legislatore canonico ha ritenuto concreta la possibilità di superare tali difficoltà delineando una nuova categoria di battezzati: coloro i quali, con atto formale, si sono separati dalla Chiesa; "*actu formali ab ea defecerint*" (cann. 1086, 1124, 1117). E però anche questa strategia sistematica, unitamente a quella ancor più timida attuata, come detto, nel *Codex* del 1917 nei confronti dei figli di non cattolici battezzati nella Chiesa cattolica, *ex* can. 1099, non ha sortito esito produttivo[6].

A seguito di un corposo dibattito dottrinale, dal quale emergeva la complessità nel rinvenire criteri interpretativi validi e dotati di un sufficiente grado di condivisione, si è assistito, in data 3 marzo 2006, ad un intervento da parte del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, sulla cui portata risolutiva, però, è più che lecito sollevare qualche perplessità. Ciò risultava evidente già dalla forma con la quale l'intervento veniva realizzato, non corrispondente all'abituale *modus operandi* del Dicastero in questione: quello di una precisa risposta ad un altrettanto preciso quesito. Un *responsum* che, a prescindere dalla fondatezza effettiva che si voglia attribuirgli sul piano dottrinale, rappresenta un'interpretazione formalmente autentica del dettato legislativo e, per questo, suscettibile di imporsi con forza di legge in ogni livello dell'esperienza giuridica. È stata, invece, adottata la forma di lettera circolare indirizzata ai presidenti delle Conferenze episcopali nazionali, contenente pur sempre prescrizioni di carattere autoritativo, provenienti da un Dicastero della Santa Sede ed eseguibili a livello amministrativo. Ben più oscura, tuttavia, avrebbe potuto rivelarsi la medesima osservanza di queste prescrizioni in sede giudiziaria, dove il giudice è soggetto soltanto alla legge ed è autorizzato, quindi, ad interpretarla con un'autonomia di giudizio tale da indurlo a non tener conto di pur autorevoli prescrizioni di natura non *stricto sensu* legislativa.

---

[6] L'inciso concernente gli "acattolici nati" di cui al can. 1099, come detto, fu oggetto di soppressione ad opera di Pio X con il *Motu proprio Decretum* "*Ne temere*" del 2 agosto 1907, in *AAS*, 1907, p. 305 e ss. Si veda anche la Lettera Apostolica dello stesso Pio X, *Provida*, del 18 gennaio 1906, in *Codicis iuris canonici fontes*, III, n. 670, con la quale, estendendo a tutta la Germania le disposizioni del Concilio di Trento, nel riaffermare la grave proibizione avverso i matrimoni misti contratti da un cattolico con un eretico o scismatico, ne veniva, tuttavia, riconosciuta la piena validità, quantunque celebrati senza l'osservanza della forma canonica.

Il Pontificio Consiglio, inoltre, non si limita ad offrire una interpretazione del dettato codicistico, ma ne offre un'integrazione sostanziale mediante l'aggiunta di elementi ad esso estranei. Si precisa, infatti, che per essere validamente configurato come reale *actus formalis defectionis ab Ecclesia*, l'abbandono della Chiesa cattolica deve presentare tre componenti di carattere essenziale.

Innanzitutto la decisione interna di uscire dalla Chiesa, *rectius* un atto di volontà, libero ed in piena coscienza, volto alla rottura dei precedenti vincoli di comunione (fede, sacramenti, governo ecclesiale) dai quali si evince l'appartenenza alla Chiesa. In secondo luogo l'attuazione e la manifestazione esterna di tale decisione, con la prescrizione della forma scritta espletata dinanzi alla competente autorità ecclesiastica, l'Ordinario diocesano o il parroco. In terzo luogo la ricezione dell'atto medesimo da parte della stessa autorità, che provvederà alla esplicita annotazione nel libro dei battezzati.

In particolar modo quest'ultimo requisito, che trasforma un atto prettamente a carattere personale in un atto di natura bilaterale e recettizia, si colloca *ictu oculi* al di fuori della disposizione legislativa, costituendone una sostanziale modificazione, per predisporre la quale sarebbe sicuramente stato più indicato un atto di natura formalmente legislativa[7].

Ci si trova, in buona sostanza, di fronte ad una direttiva di un Dicastero della Santa Sede che non solo offriva una concezione alquanto restrittiva dell'atto di defezione, tale da restringerne l'applicazione ad ipotesi del tutto marginali, ma che costituiva trampolino di lancio per una miriade di questioni ed incertezze. Da questo stato di cose si comprende, quindi, come il legislatore abbia privilegiato sancire la fine di questo tentativo, seppur non del tutto sprovvisto di meritevolezza, volto a tratteggiare, nell'ambito dei battezzati cattolici, un ventaglio di situazioni sottoposte a particolari trattamenti giuridici.

Il lungo *iter* ha conosciuto un epilogo con l'intervento di Benedetto XVI mediante il *Motu proprio* "*Omnium in mentem*" del 26 ottobre 2009, entrato in vigore, dopo la sua pubblicazione negli *Acta Apostolicae Sedis*, l'8 aprile 2010.

La complessità nel tracciare i precisi confini di questa speciale categoria di battezzati, unitamente all'incertezza che ne deriva circa l'effettività dei matrimoni da essi contratti e quindi circa il loro *status* personale, si sono rivelati ben superiori rispetto all'esigenza di avvicinare la normativa alla realtà

---

[7] Cfr. Federico Marti, *Quali novità riguardo all'atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica di cui ai cc. 1117, 1086 §1 e 1124? Un commento alla Lettera Circolare del PCTL del 13 marzo 2006*, in *Ius Ecclesiae*, 2007, pp. 247-268.

umana cui è rivolta e, nella fattispecie concreta, più rispettosa di un diritto naturale fondamentale come quello di celebrare un valido matrimonio.

Tuttavia, il provvedimento del Pontefice tedesco se da un lato ha posto un punto in termini di autorevolezza della fonte di disciplina, dall’altro rappresenta la rampa di lancio per ulteriori disquisizioni e problematiche in materia, con ampie ripercussioni su tutto il sistema di diritto penale della Chiesa cattolica. Nel momento in cui, infatti, dovesse giungersi a ritenere che il *Motu proprio* “*Omnium in mentem*” abbia provocato l’espunzione dall’ordinamento canonico della possibilità stessa di esercitare una separazione, con atto formale, dalla Chiesa, non potrebbe tacersi riguardo ad innegabili, future ripercussioni sul momento afferente alla consumazione dell’apostasia, *rectius* sul *discrimen* tra la figura del delitto tentato e quella del delitto consumato.

A tal riguardo, giova rammentare come si configuri un determinato delitto unicamente allorquando il reo vada a porre in essere una condotta illecita, che si riveli conforme al modello comportamentale (*rectius* fattispecie astratta) così come indicato dalla norma incriminatrice, la quale funge da presupposto imprescindibile ed indefettibile al fine, evidentemente, di configurare il disvalore antigiuridico dell’azione e la conseguente irrogazione della pena prevista. E però, considerando che la fattispecie dell’apostasia, sulla base di quanto si evince dal combinato disposto dei cann. 1330 e 1364 *C.I.C.*, appare configurarsi come un “delitto a forma vincolata”, vale a dire come un reato a “carattere pubblicitario”[8] che, al fine di essere opportunamente distinto dal relativo peccato in foro interno, deve consistere necessariamente in una precisa dichiarazione o in altra similare manifestazione di volontà idonea ad essere percepita, il venir meno della separazione con un atto formale potrebbe avere delle ripercussioni sulla configurazione del delitto *de quo*[9].

Il delitto di apostasia, nell’accezione che qui si sta trattando, presenta, dunque, come proprio elemento oggettivo, un “manifesto e positivo ripudio totale della fede cristiana”, *ex* can. 751 *C.I.C.*, che si verifica non soltanto quando quest’ultima viene ripudiata *in toto*, ma anche quando si giunge a porre in dubbio talune delle verità di fede che costituiscono il fondamento della religione cristiana e senza le quali la fede nelle altre verità cristiane risulterebbe essere priva di fondamento e di un senso logico[10]. L’accezione

---

[8] L’espressione qui utilizzata è di ANGELO GIUSEPPE URRU, *Punire per salvare. Il sistema penale nella Chiesa*, Edizioni Vivere In, Roma, 2001, pp. 81 e ss.

[9] Cfr. BRUNO FABIO PIGHIN, *Diritto penale canonico*, Marcianum Press, Venezia, 2008, pp. 302 e ss.

[10] Cfr. ANTONIO CALABRESE, *Diritto penale canonico*, 2° ed., Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2006, p. 250.

qui considerata, in ogni caso, costituisce il punto di arrivo di una lunga evoluzione dell'illecito in esame, protrattasi nel corso dei secoli a partire dalle tracce che di esso si rinvengono all'interno della Sacra Scrittura[11].

Nel contesto dell'attuale società, caratterizzata da un progressivo ed incessante affievolimento di senso e di valori da parte della civiltà occidentale, il fenomeno dell'apostasia dalla fede – in nome di un frainteso senso di laicità, per difetto, e di un sincretismo religioso alquanto distorto, per eccesso, – trova nuovi, fertili terreni che contribuiscono a rendere sempre più moderno ed attuale il relativo reato, così come opportuno captarne i vari contorni normativi.

È indispensabile, infatti, operare una distinzione tra quella che Giovanni Paolo II definiva "apostasia silente", priva di ogni rilevanza dal punto di vista penale, ed il vero e proprio atto formale di apostasia che integra il relativo delitto[12].

---

[11] La fattispecie delittuosa in oggetto affonda le proprie radici in tempi antichissimi, affermandosi inizialmente tramite l'appellativo di "Apostata" dato all'imperatore romano Flavio Claudio Giuliano; essa, oltre a trovare numerosi riscontri all'interno dell'Antico Testamento (*Eb 6, 4-6*), era ostacolata con veemenza dalla Chiesa primitiva, la quale si ritrovò a combattere il fenomeno dei *"lapsi"* o *"prolapsi"*, vale a dire i c.d. caduti.. Non era infrequente che, al fine di graduarne la responsabilità, venisse operata una distinzione tra diversi tipi di apostati: i "sacrificati", i quali effettivamente avevano offerto sacrifici sugli altari del culto pagano, dando così luogo alla vera e propria apostasia; i *thurificati*, i quali bruciavano incenso dinanzi alle statue, in particolar modo dinanzi a quella dell'imperatore; gli *acta facientes*, i quali non compivano atti sacrificali ma premevano affinché il loro nome venisse iscritto nei pubblici registri, risultando come se lo avessero fatto; i *libellatici*, i quali, senza compiere sacrificio alcuno, si facevano consegnare dei certificati (*libelli*), sovente in cambio di somme di danaro, dai quali risultasse, fittiziamente, che avevano adempiuto agli ordini imperiali. Da qui una controversia disciplinare e dottrinale (la controversia dei lapsi), durante la quale, nella Chiesa africana, il prete Novato si batteva per la riammissione dei lapsi, in massa, in virtù di lettere di perdono (*libelli pacis*) e, a Roma, il sacerdote Novaziano esigeva, invece, una riammissione nella comunità cristiana da esplicarsi mediante un nuovo rito del battesimo. Il Vescovo San Cipriano (*De lapsis*, 251), d'altro canto, giunse a stabilire la prassi di "sanare i *lapsi* con mezzi salutari di penitenza". Sul punto cfr. Carlo Fantappié, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 47; Carlo Cardia, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 24-25.

[12] Così si legge nell'Esortazione Apostolica post-sinodale *Ecclesia in Europa* del 28 giugno 2003: "La cultura europea dà l'impressione di una apostasia silenziosa da parte dell'uomo sazio che vive come se Dio non esistesse. In tale orizzonte, prendono corpo i tentativi, anche ultimamente ricorrenti, di presentare la cultura europea prescindendo dall'apporto del cristianesimo, che ha segnato il suo sviluppo storico e la sua diffusione universale. Ci si trova di fronte all'emergere di una nuova cultura, nella maggior parte influenzata dai mass media, dalle caratteristiche e dai contenuti, molto spesso in contrasto con il messaggio del Vangelo e con la dignità della persona umana. Di tale cultura fa parte anche un diffuso agnosticismo religioso, collegato ad un più profondo relativismo morale e giuridico, che affonda le sue radici nello smarrimento della verità dell'uomo come fondamento dei diritti inalienabili di ciascuno. I segni del venir meno della speranza, talvolta, si manifestano attraverso forme preoccupanti di ciò che si può definire una vera e propria forma attualizzata della «cultura di morte»", in *www.vatican.va/holy_father/john_paul_II/apost_exhortations/documents/hf_jpii_exh_20030628_ecclesia-in-europa_it.html.*

Tradizionalmente, l'apostasia si sostanzia in un deliberato e consapevole atto che produce il rigetto intenzionale di tutta la fede cristiana, precedentemente accolta; essa rappresenta "*par excellence le péché grave contre Dieu*"[13], considerato, quindi, tra i peccati capitali dal magistero della Chiesa primitiva. Il rifiuto del cristiano di continuare a riconoscere Dio, che è Padre, Figlio e Spirito Santo, come Creatore del mondo, Signore della storia e unico Salvatore dell'umanità, costituisce l'espressione suprema di offesa[14].

Affinché si concretizzi l'azione delittuosa, è sufficiente che un fedele neghi anche uno soltanto dei cardini che reggono l'edificio della sua fede, facendo così crollare l'intero impianto del "Credo". Ciò si verifica, ad esempio, tramite il diniego di uno dei due misteri indicati dal Magistero come fondamentali: l'unità e trinità di Dio; l'incarnazione, la morte e la resurrezione di Cristo[15].

Un contributo fondamentale nell'ambito della determinazione dell'essenza della fede cristiana e, dunque, nel tracciare i contorni di ciò che può essere suscettibile di rappresentarne la negazione, è offerto da Benedetto XVI nella sua prima enciclica *Deus caritas est* del 25 dicembre 2005, nella quale afferma che "l'amore di Dio per noi è questione fondamentale per la vita e pone domande decisive su chi è Dio e chi siamo noi"[16].

Fondamentalmente quattro sono i modi in cui è possibile attuare l'apostasia: *in primis* mediante l'abbandono della fede cristiana, esternato tramite condotte di vario genere, ma convergenti nell'intendimento (tali possono essere la pubblica dichiarazione della volontà apostata o una manifestazione cultuale di inequivocabile significato, quale il sacrificio a divinità pagane[17]); *in secundis* mediante accoglimento consapevole ed effettivo di una religione incompatibile con quella rivelata da Cristo, quale può rivelarsi la reale adesione all'Islam, al Buddhismo o al movimento dei Testimoni di Geova[18]; ancora, mediante il convinto assenso, tramite un positivo atto di volontà, esteriormente manifestato e percepito da altri, ad ideologie o a dottrine filosofiche che professino l'ateismo, l'agnosticismo o altra linea di pensiero incompatibile *in nuce* con la verità divina e cattolica; infine può aversi attraverso la defezione dalla Chiesa con atto formale che, come chiarito ampiamente dal Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi nelle

---

[13] Cfr. Alphonse Borras, *Les sanctions dans l'Eglise*, Tardy, Parigi, 1990, p. 264 e ss.

[14] Sul punto Bruno Fabio Pighin, *Diritto penale canonico*, cit., p. 303.

[15] Cfr. Antonio Calabrese, *Diritto penale canonico*, cit., p. 264.

[16] Cfr. Benedetto XVI, *Deus caritas est*, n. 2. in *AAS 98*, 2006, 217-252.

[17] Cfr. Bruno Fabio Pighin, *Diritto penale canonico*, cit., p. 305.

[18] *Ibidem*, p. 304.

Litterae circulares missae omnibus Conferentiis Episcopalibus (variis linguis exaratae), quoad verba «actus formalis ab Ecclesia catholica» *(cann. 1086, §1; 1117 et 1124 CIC) et quaedam epistulae respicientes ipsarum litterarum* del 13 marzo 2006[19], è un concetto nuovo nella legislazione canonica e differente rispetto alle altre modalità piuttosto "virtuali" di abbandono "notorio" o semplicemente "pubblico" della fede[20]. La rinuncia indicata trova concretezza in una triplice configurazione: la decisione interna di uscire dalla Chiesa cattolica; l'attuazione e la manifestazione esterna di tale scelta; la recezione, da parte della competente autorità ecclesiastica, di tale presa di posizione. Il contenuto dell'atto di volontà è basato, principalmente, sulla rottura di ogni vincolo di comunione riconosciuto dal can. 205, supponendo un atto di apostasia, o di eresia, o di scisma. Il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi precisa che non sono idonei a costituire una rinuncia formale, nel senso inteso dal *C.I.C.*, il solo atto giuridico-amministrativo dell'abbandono della Chiesa e la sola apostasia o eresia o scisma materiale, dal momento che "soltanto la coincidenza di entrambi gli elementi – il profilo teologico dell'atto interiore e la sua manifestazione nel modo così definito – costituisce l'«*actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica*», con le annesse sanzioni canoniche (cfr. can. 1364, §1)"[21]. In tali casi, l'atto giuridico valido, posto in essere da un soggetto pienamente abile dal punto di vista canonico ed emesso in maniera personale, cosciente e libera (in conformità con la disciplina canonica che lo regola, *ex* cann. 124-126), deve essere esteriorizzato in forma scritta dall'interessato, dinanzi alla competente autorità ecclesiastica, *rectius* l'Ordinario o il proprio parroco, ai quali unicamente compete il giudizio circa la sussistenza o meno del presupposto atto di defezione dalla fede cattolica. La medesima autorità, inoltre, è tenuta a provvedere affinché, all'interno del registro dei battezzati (cfr. can. 535, §2), venga effettuata l'annotazione recante l'esplicita dicitura di avvenuta "*defectio ab Ecclesia catholica actu formali*"[22].

[19] Cfr. *Communicationes 38* (2006), Prot. N. 10279/2006.

[20] Cfr. Raffaele Botta, *La norma penale nel diritto della Chiesa*, Il Mulino, Bologna, 2001.

[21] Cfr. *Communicationes 38* (2006), Prot. N. 10279/2006, 171.

[22] Cfr. Raffaele Coppola, *Il nuovo «Codex Iuris Canonici» e il diritto penale*, in Giovanni Barberini (a cura di), *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, vol. I, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza - Università degli studi di Perugia, Perugia, 1984.

2. *Il concetto di "actus formalis defectionis ab Ecclesia": soluzioni interpretative circa il senso ed il contenuto del requisito di formalità*

La lettera circolare ad opera del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi del 13 marzo 2006 indirizzata ai presidenti delle Conferenze episcopali, punto conclusivo di un lungo ed articolato *iter* di riflessione da parte del Dicastero, ha rappresentato una risposta alle molteplici istanze di delucidazione concernenti il significato corretto da attribuire alla dizione "defezione con atto formale dalla Chiesa cattolica" *ex* cann. 1086 §1, 1117 e 1124, senza nascondere affatto pretese di definitiva risoluzione della questione[23].

Tuttavia, se dal documento in questione paiono, *ictu oculi*, aver trovato una soluzione le preminenti problematiche che per anni hanno rappresentato insidiosi ostacoli per le curie diocesane, non può tacersi dell'esistenza di talune perplessità e questioni afferenti alle concrete ripercussioni di un tale atto sull'intero ordinamento canonico. Infatti, nonostante gli sforzi compiuti da numerosi studiosi al fine di sciogliere i numerosi dubbi interpretativi legati al corretto significato da attribuire al concetto di "defezione dalla Chiesa cattolica con atto formale", una soluzione condivisa è stata ben lontana dall'essere raggiunta. La ragione primaria di tanta incertezza è ravvisabile, chiaramente, nella mancanza di solidi appigli normativi di riferimento; un vero e proprio *vulnus* di disciplina, per sopperire al quale svariati autori hanno espresso la propria prospettiva attraverso coordinate giuridiche ed ideologico-politiche che si collocano nel più ampio e dibattuto scenario relativo al rapporto tra l'ordinamento giuridico della Chiesa ed i cattolici *a fide deficientes*. La disarticolata situazione descritta, però, non ha impedito il formarsi di talune soluzioni interpretative, più o meno, globalmente condivise.

Una vasta e diffusa concordanza si è avuta, sin dal principio, in merito alla riconducibilità della defezione con atto formale dalla Chiesa alle ipotesi di scuola dell'apostasia, eresia e scisma[24], nonché all'importanza di mettere

---

[23] In dottrina ampie sono state le divisioni tra chi auspicava, preso atto pragmaticamente della difficoltà di pervenire ad un dettato normativo capace di soddisfare le esigenze legate allo *ius connubii*, la soppressione della clausola di esonero e chi optava per una integrazione ragionata volta a rendere la norma compatibile con il fine per cui era stata predisposta. Tra i primi cfr. Janusz Kowal, *Comunione ecclesiastica e diritto matrimoniale*, in Piero Antonio Bonnet-Carlo Gullo (a cura di), *Diritto Matrimoniale Canonico*, Vol. III, Libreria Editrice Vaticana, 2005, Città del Vaticano, p. 201; Juan Lopez Gallo, *Formal defection from the catholic Church*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 123, 1998, p. 643. Tra i secondi cfr. Renato Coronelli, *Incorporazione alla Chiesa e comunione. Aspetti teologici e canonici dell'appartenenza alla Chiesa*, Pontificio Istituto Biblico, Roma, 1999, pp. 327-328.

[24] Cfr. Rafael Navarro Valls, *La forma di celebrazione del matrimonio*, in Juan Ignacio Arrieta-Pedro Lombardía (a cura di), *Codice di Diritto Canonico, Edizione bilingue commentata*, Vol. II, Logos Editore, Roma, 1987, p. 805.

in risalto la centrale rilevanza dell'elemento della *voluntas* interiore del soggetto[25] agente, quale *ea quae actum ipsum essentialiter constituit*[26].

Da qui la logica conseguenza che un valido atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica annoveri, tra i suoi requisiti costitutivi, la presenza, nell'animo interiore di un soggetto, di una volontà reale e positiva orientata a rinnegare la propria appartenenza alla medesima, rinunciando alla comune condivisione di determinati vincoli costituiti dalla professione di fede, dai sacramenti e dalla disciplina ecclesiastica[27]. Per questi motivi, qualora ci si trovasse in presenza di un atto dotato esteriormente delle caratteristiche idonee a configurarlo quale atto formale, ma privo del necessario collegamento con un'autentica volontà di defezione dalla Chiesa cattolica, a beneficio, piuttosto, di altri fini, economici, politici e sociali, non potrebbe parlarsi di atto di defezione formale nell'accezione propriamente canonica del termine[28].

Si è soliti, in dottrina, operare una distinzione tra due modalità di manifestazione dell'atto defettivo: una esplicita ed una implicita, a seconda che la volontà di carattere positivo orientata alla defezione sia espletata mediante un atto che direttamente manifesti l'intenzione del soggetto ovvero sia deducibile in modo univoco da atti o comportamenti dello stesso posti in essere *aliunde*[29]. La distinzione in questione viene, così, ad essere legata al mezzo attraverso cui l'ordinamento perviene a conoscenza della volontà di abbandonare la Chiesa. Non è, tuttavia, mancato chi si sia soffermato sulla maggiore aderenza allo spirito della norma di quella distinzione che, invece,

---

[25] Cfr. Eugenio Corecco, *Dimettersi dalla Chiesa per ragioni fiscali*, in *Apollinaris*, 55, 1982, p. 470 e ss. L'A. risulta uno dei primi a focalizzare l'attenzione sull'aspetto interiore dell'atto formale di defezione. In precedenza, tuttavia, lo stesso Pontificio Consiglio rilevava come l'atto formale di defezione dovesse, nei suoi aspetti esteriori, qualificarsi per alcune prerogative principali e, tra esse, quella di essere un atto *stricto sensu* personale, posto in essere da un soggetto naturalmente e giuridicamente abile; sul tema cfr. Pontificio Consiglio Per i Testi Legislativi, *Risposta del 21 settembre 1996*, Prot. N. 5284/96, in *Archiv F*ür Katholisches Kirkenrecht, 165, 1996, p. 471.

[26] Cfr. Janusz Kowal, *Comunione ecclesiastica e diritto matrimoniale*, cit., vol. III, pp. 199-201.

[27] In proposito, il can. 205 è di fondamentale ausilio per operare una distinzione tra il piano della comunione *cum Ecclesia*, basato, appunto, sugli elementi indicati dal can. 205, la cui sussistenza soggiace alla libera determinazione del soggetto battezzato e può, quindi, costituire oggetto di defezione, e l'incorporazione *in Christo Domino*, conseguenza immediata del sacramento del battesimo e, per questo, assolutamente indefettibile. Sul punto cfr. Miron Sikiric, *La "Communio" quale fondamento e principio formale del diritto canonico*, Antonianum, Roma, 2001, pp. 168-170.

[28] Cfr. Sebastiano Villeggiante , *Dispensabilità della forma di celebrazione del matrimonio e problematica inerente all'abbandono della fede con atto formale,* in Aa.Vv., *I matrimoni misti*, Vol. III, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1998, p. 212.

[29] Cfr. Angelo D'auria, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa. Commento ai cann. 1055-1165 del Codice di Diritto Canonico*, Lateran University Press, Roma, 2003, pp. 272-274.

ponga la propria attenzione sull'elemento volitivo del soggetto, concentrando l'angolo di visuale sul concreto oggetto a cui è indirizzato il suo agire, risultando, in questo modo, maggiormente attinente alle tipologie concettuali elaborate dalla teologia morale quali l'"oggetto diretto ed indiretto della umana volontà[30]".

Sulla base di queste considerazioni, quindi, è suscettibile di qualificazione come defezione esplicita o formale *stricto sensu* l'ipotesi in cui l'uscita dalla Chiesa si configuri come "oggetto diretto della volontà", vale a dire interpretata dal soggetto agente come un bene anelabile *in re ipsa*, nonché voluto e realizzato *ex se*[31]; è evidente, in questo caso, la volontà diretta e positiva di recidere i suoi rapporti con la Chiesa, corroborata da un atto posto in essere in maniera del tutto consapevole e qualificabile come un vero e proprio "atto di recesso", ad essa rivolto e finalizzato, in un certo qual modo, a costringere la Chiesa medesima alla presa d'atto ed al rispetto della decisione *in hoc modo* manifestata. Contrariamente la qualifica di defezione appartiene a quei casi in cui l'uscita dalla Chiesa cattolica si ponga quale "oggetto indiretto della volontà", conseguenza, quindi, quasi al limite dell'irrilevanza, di una differente e pregressa azione del soggetto e che non risulta affatto voluta né quale fine né quale mezzo, pur risultando intrinsecamente legata al reale scopo dell'azione medesima[32]. Trattasi, chiaramente, di tutti quei casi in cui il soggetto agente compia una serie di azioni e comportamenti oggettivamente incompatibili con l'appartenenza alla Chiesa cattolica, *i.e.* l'iscrizione ad un altro movimento religioso, prescindendo dai loro risvolti ecclesiali, ma senza che in lui sia rinvenibile traccia alcuna di qualsivoglia volontà specifica afferente alla Chiesa; ciò proprio in virtù del fatto che l'originario ordinamento ecclesiale non rientra più tra le sfere di interesse del soggetto. Non vi è, a differenza dell'atto di defezione esplicita, un chiaro obiettivo di recisione dei rapporti tra fedele e Chiesa. Anzi, in questo caso viene ad esistenza una evidente trasformazione del fedele da soggetto attivo a passivo: il concreto determinarsi, sul piano giuridico, di una defezione formale risulta una conseguenza di un atteggiamento reattivo da parte della stessa Chiesa

---

[30] Sul tema, per una più ampia disamina, cfr. Pietro Palazzini (a cura di), voce *Voluntarium*, in *Dictionarium morale et canonicum*, Vol. IV, Officium Libri Catholici, Roma, 1968, p. 722. "*Ex parte intentionis voluntatis, distinguitur: directum seu in se (illud quod in se ipso intenditur seu quod est obiectum voluntatis immediatum) et indirectum (illud quod non intenditur immediate et rationi sui, sed ob inseparabilem coniunctionem cum aliquo alio, quod efficaciter appetitur e. g. proiectio mercium in mare, perdurante naufragio*".

[31] Cfr. Enrique Colom-Angel Rodríguez Luño, *Scelti in Cristo per essere santi. Elementi di Teologia Morale Fondamentale*, 2° ed., EDUSC, Roma, 2002, pp. 104-105.

[32] *Ibidem*.

cattolica la quale, dinanzi al comportamento oggettivamente univoco del fedele, altro non può fare se non riconoscere in lui l'esistenza di una implicita volontà, dichiarandone, così, l'abbandono dalla comunità ecclesiale.

La maggiore contesa dottrinale, tuttavia, si è incentrata sulla corretta interpretazione da dare al requisito della formalità, posto che dal dettato normativo può attingersi unicamente un riferimento alquanto generico ad un atto formale. La prima questione che ha alimentato non poche polemiche concerne il *quid* di riferimento dell'atto defettivo; a tal proposito è stato possibile individuare tre principali filoni di pensiero[33].

Un primo orientamento mostra propensione per una interpretazione abbastanza debole del requisito in esame, sia in relazione alla sua funzione, declassata, *de facto*, al rango di "forma estrinseca accidentale", sia in relazione alla concreta identificazione delle ipotesi atte ad essere qualificate come formali, giungendo sino al punto di ritenere tale qualsiasi tipo di manifestazione esterna da cui possa desumersi una volontà di abbandonare la Chiesa cattolica.

Soltanto seguendo questa linea interpretativa, si argomenta, verrebbe rispettata l'aderenza allo spirito del legislatore ed al fine da questi perseguito: il *favor matrimonii*[34]. In questo modo, il requisito di formalità dell'atto assume un ruolo del tutto secondario, funzionale più ad esigenze di conoscibilità della volontà di abbandonare la Chiesa, non certamente qualificandolo come elemento idoneo a garantire, oltre ad un maggior grado di certezza probatoria, anche un *quid pluris* in termini di ufficialità dell'atto[35].

Caratteristica portante di questa impostazione teorica è la sovrapposizio-

---

[33] Cfr. Gommarus Michiels, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Editio altera, Desclee & Soci, Parigi-Roma, 1955, pp. 670-672.

[34] Cfr. François Morlot, *Abandon de l'Église, reject de la foi et marriage (notes sur les canons 1117 et 1071, §1-4)*, in *Revue de droit canonique*, 44, 1994, p. 70.

[35] Sul tema cfr. *amplius* Alberto Bernárdez Cantón, *Compendio de derecho matrimonial canonico*, 9° ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 82 e p. 212. L'A. definisce l'atto defettivo come "una volontà positiva, diretta a rompere la piena comunione con la Chiesa ed espressa in modo tale da assicurare la certezza giuridica"; cfr. anche Ignacio Pérez De Heredia y Valle, *Los matrimonios mixtos en el nuevo Código*, in *Anales Valentinos*, XVIII, 1983, pp.287-288. In questo caso, invece, l'atto viene configurato come un comportamento pubblico dal quale ricavare una volontà di defezione (ad es. il ricorso alla forma puramente civile del matrimonio); Antonio Mostaza, *Anotaciones en torno al significado de las locuciones "abandono notorio de la fe católica" del canon 1071, §1-4, y del "abandono 'actu formali' de la Iglesia católica" de los canones 1086 §1, 1117 y 1124*, in Aa.Vv., *Dimensiones juridícas del factor religioso. Escritos en homenaje al Profesor López Alarcón*, Murcia, 1987, p. 379. L'atto viene inteso dall'A. come qualsiasi manifestazione esterna di volontà defettiva, purché suscettibile di essere provata; in senso fondamentalmente analogo cfr. Antonino Mario Abate, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Urbaniana University Press, Roma, 1985, p. 99.

ne del concetto di *defectio actu formali* alla categoria dell'apostasia, eresia o scisma, *ex* can. 1364 §1[36], giudicando sufficiente, ai fini di una rilevanza della volontà del soggetto, la presenza del requisito previsto dal can. 1330, *rectius* la conoscenza effettiva dell'atto. Un altro orientamento dottrinale qualifica, caratterizzandosi per una maggiore rigidità, il requisito della formalità come una "forma estrinseca essenziale"; in virtù di ciò, non è più sufficiente la mancanza di pratica della fede da parte del soggetto, il suo non professarsi più credente o il suo sottrarsi agli obblighi scaturenti dalla comunione ecclesiale; occorre, invece, che la manifestazione esterna dell'atto di volontà indirizzato all'abbandono della Chiesa cattolica sia realizzata attraverso un vero e proprio atto giuridico a carattere pubblico[37].

Particolarmente dense di significato paiono alcune argomentazioni addotte a sostegno di questa tesi: *in primis*, il pericolo rappresentato dalla possibilità che una interpretazione ampia di tale espressione possa arrecare gravi incertezze, con relativi danni all'impianto normativo del sistema matrimoniale canonico[38];

in secundis l'imprescindibilità, ricavabile dallo stesso dettato normativo, che la defezione si contorni dei caratteri di pubblicità ed ufficialità, in quanto la possibilità di essere esonerati dalla forma e dall'impedimento di disparità di culto e religione mista rappresenta il frutto di una concessione del legislatore canonico, non sulla base della mera volontà del fedele di abbandonare la Chiesa, bensì in forza della manifestazione, in forma ufficiale, di detta volontà davanti alla Chiesa stessa[39].

---

[36] Cfr. José Fernando castaño, *Il Sacramento del matrimonio*, 2° ed., Pioda, Roma, pp. 285-286 e p. 450.

[37] Cfr. Joseph Prader, *La legislazione matrimoniale latina e orientale. Problemi interconfessionali e interreligiosi*, 2° ed., EDB, Roma, 1993, p. 82.

[38] Cfr. Rafael Navarro Valls, *La forma di celebrazione del matrimonio*, cit., vol. II, p. 805 e ss.

[39] Sul tema cfr. Federico Rafael Aznar Gil, *El nuevo derecho matrimonial canónico*, 2° ed., Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1985, p. 237. L'autore osserva come "*la finalidad de que este abandono o defección se realice mediante un acto formal o solemne es la de trasladar al fuero externo la voluta interna de la persona por motivos, principal que no exclusivamente, de seguridad y de certeza jurídicas en la configuración del estatuto canónico del fiel, dadas las consecuencias importantes que de aquí se derivan*". Riflessioni sempre più acute hanno, inoltre, rafforzato ancor di più una interpretazione restrittiva, chiarendo come, anche dallo spirito emergente dai lavori preparatori del *Codex* del 1983, non affiori alcun elemento a favore della volontà di introdurre una accurata modifica della disciplina canonica riguardante la forma del matrimonio; trattandosi di una disposizione eccezionale rispetto alla regola generale, infatti, l'interpretazione restrittiva sarebbe imposta dal can. 18; il tutto sarebbe confermato dal fatto che il legislatore non ha ritenuto opportuno inserire una norma analoga all'interno del CCEO, riaffermando, in tal modo, l'obbligatorietà della forma per tutti i cattolici. La clausola *nec actu formali ab ea defecerit*, prevista nel can. 57 §1 dello "Schema" del CCEO del 1978, infatti, fu soppressa nella sessione del 30 marzo 1979. Sul tema cfr. *amplius* Paolo Moneta, *I soggetti tenuti ad osservare*

Va, in ogni caso, precisato che, pur nella sommaria differenza di questa impostazione teorica rispetto alla precedente, ravvisabile nell'attribuzione di un ruolo più pregnante al requisito della formalità previsto dalla norma, configurabile quale forma estrinseca essenziale e, di conseguenza, quale condizione di validità dell'atto, tuttavia, nel momento in cui si passa ad indicare nel concreto i casi potenzialmente rientranti nella norma, emerge, anche in questo caso, una tendenza ad estendere il novero delle fattispecie, facendovi rientrare anche, in alcune situazioni, atti di defezione implicita[40].

In ultimo, si è affermata una terza impostazione teorica che, pur partendo dalle medesime basi argomentative utilizzate da coloro i quali offrono una interpretazione estensiva del requisito della formalità, vale a dire l'applicazione *lato sensu* dell'esonero di cui ai cann. 1086 §1, 1117 e 1124, in realtà costituisce una corrente di pensiero separata, con presupposti alquanto differenti. In una definizione che potrebbe essere sussunta nella dizione "forma intrinseca", questa impostazione teorica, basandosi sull'oggettiva mancanza di qualsiasi tipo di indicazione legislativa in ordine ai requisiti esterni dell'atto di defezione, nega che l'elemento formale possa essere ricondotto alla veste giuridica esteriore dell'atto *de quo*, collegandolo, invece, alla sua forma sostanziale: in altre parole, il requisito della formalità contenuto nella previsione normativa deve essere interpretato in un'ottica di legame inscindibile

---

la forma canonica: il can. 1117 CIC, in Joan Carreras (a cura di), *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 156-159.

[40] Cfr. John J. O'Rourke, *Thoughts on Marriage*, in *Studia Canonica*, XXII, 1988, p. 189, ad avviso del quale l'atto defettivo va qualificato come "un consapevole e pubblico distacco dalla Chiesa posto attraverso una pubblica dichiarazione di abbandono della fede o tramite comportamenti che siano ad essa equivalenti come ad esempio l'aperta adesione ad un'altra confessione religiosa; ancora sul tema cfr. Reinhold Sebott-Corrado Marucci, *Il nuovo diritto matrimoniale della Chiesa. Commento giuridico e teologico ai cann. 1055-1165 del nuovo CIC*, Dehoniane, Napoli, 1985, p. 109. Ad avviso dell'A. sussiste l'equiparazione tra l'adesione concreta a confessioni acattoliche e qualsiasi dichiarazione pubblica, scritta o orale; cfr. Paolo Moneta, *I soggetti tenuti ad osservare la forma canonica: il can. 1117 CIC,* cit., p. 160, il quale parla di un atto cosciente, intenzionale, direttamente percepibile ed oggettivamente significante, che esprima inequivocabilmente (anche se implicitamente) l'intenzione di uscire totalmente e tendenzialmente in modo definitivo dalla Chiesa; cfr. Federico Rafael Aznar Gil, *El nuevo derecho matrimonial canónico*, cit., p. 285. L'A. propone invece di far rientrare nella categoria qualsiasi atto esterno pubblico posto secondo formalità o solennità riconosciute dall'ordinamento canonico, mediante il quale si possa constatare l'abbandono della Chiesa cattolica. Recentemente, poi, lo stesso A. ha avanzato una interpretazione ancora più estensiva del concetto di atto formale, considerando tale anche un "abbandono di fatto della fede a cui un successivo provvedimento dell'autorità ecclesiastica attribuisca valore formale e canonico". Su questa ultima tesi cfr. Federico Rafael Aznar Gil, *Derecho matrimonial canónico*, vol. I, Universitad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 383; non è mancato, infine, chi ha escluso la possibilità di considerare i casi di defezione implicita come ipotesi di defezione con atto formale: per tutti, cfr. François martz, *Le droit de quitter de l'Église*, in *Praxis Juridique et Religion*, VII, 1990, pp. 165-166.

con il substrato costitutivo dell'atto, *rectius* con la volontà di abbandonare la Chiesa cattolica[41].

Tirando le somme, quindi, l'involucro giuridico esteriore dell'atto defettivo, vuoi per i sostenitori della tesi che propende per un'interpretazione del requisito della formalità in senso di forma estrinseca accidentale, vuoi per coloro i quali lo intendono nella valenza di forma intrinseca, risulta dotato di una scarsa rilevanza ai fini della disposizione in esame, assumendo, al più, una finalità di carattere probatorio. Una simile esegesi dell'inciso "*actus formalis defectionis*" presenta, però, non pochi problemi di carattere applicativo, in particolar modo connessi ad un altro istituto, quello di cui al can. 1071 §1, n. 4, l'"abbandono notorio della fede"; figura, quest'ultima, molto simile alla defezione implicita in relazione alle modalità attuative e di manifestazione, ma sensibilmente differente quanto al regime giuridico predisposto dal legislatore.

Se da un lato, infatti, i fautori della tesi del requisito di formalità inteso in senso restrittivo, vale a dire come forma estrinseca a carattere essenziale, riescono agevolmente a porre un *discrimen* tra la defezione con atto formale ed abbandono notorio della fede, ravvisabile nella sussistenza di un *minimum* di solennità e ufficialità, essendo richiesto che la condotta esterna del fedele presenti un qualche aspetto che giuridicamente possa qualificarsi come formale[42], dall'altro i sostenitori del requisito della formalità come elemento di

---

[41] Cfr. SEBASTIANO VILLEGGIANTE , *Dispensabilità della forma di celebrazione del matrimonio e problematica inerente all'abbandono della fede con atto formale*, cit., vol. III, pp. 218-220. In perfetta linea con questa visione per cui l'unico elemento dotato di rilevanza giuridica, per configurare atto formale di defezione, sarebbe costituito dalla volontà autentica di abbandonare la Chiesa, purché esternamente manifestata, si è esclusa, da parte di autorevole dottrina, finanche la necessità che la defezione si realizzi mediante un unico atto di volontà individuabile in modo oggettivo, ritenendo sufficiente, invece, un progressivo allontanamento dalla Chiesa da parte del soggetto, con piena consapevolezza, fino a non voler avere più nessun tipo di rapporto con la medesima. In questo senso cfr. URBANO NAVARRETE, *L'impedimento di "disparitas cultus"(can. 1086)*, vol. I, in AA.VV., *I matrimoni misti*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1998, pp. 531-532. Sulla base di questi spunti si è giunti a proporre di considerare integrato l'atto di defezione formale in presenza di comportamenti quali l'assenza di pratica religiosa, la celebrazione di un matrimonio soltanto civile, l'esclusione del battesimo ed ogni forma di educazione religiosa dei figli, l'avversione al problema religioso ecc; in tutti quei casi, ovviamente, in cui questi comportamenti assumano il segno di una evidente volontà di impostare la propria vita ai margini della fede e della vita della Chiesa. In questo senso, cfr. ANDREA D'AURIA, *Gli impedimenti matrimoniali nel Codice di Diritto Canonico della Chiesa latina*, Lateran University Press, Roma, 2002, p. 115.

[42] Cfr. VELASIO DE PAOLIS, *I matrimoni misti. Aspetti canonici e dottrinali*, in AA.VV., *Matrimonio e disciplina ecclesiastica*, Glossa, Milano, 1996, p. 157; RENATO CORONELLI, *Incorporazione alla Chiesa e comunione. Aspetti teologici e canonici dell'appartenenza alla Chiesa*, cit., p. 327. Alcuni autori precisano anche che, il solo fatto di frequentare, anche in maniera abituale, le funzioni liturgiche o altre attività tipiche di una comunità acattolica non può, di per sé, essere qualificato atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica, sia in quanto il soggetto potrebbe semplicemente nutrire un

forma estrinseca accidentale o intrinseca, si ritrovano inesorabilmente travolti in una confusione tra le due fattispecie[43]. Infatti, il rendere la volontà interiore del soggetto agente un elemento fondamentale, discretivo e globale dell'atto formale di defezione, unitamente all'affermazione della sostanziale irrilevanza del *modus* attraverso cui viene esteriorizzata, se in linea teorica potrebbe far pensare ad un sufficiente criterio distintivo tra atto formale di defezione ed abbandono notorio della fede, dal punto di vista pratico riscontra una serie di difficoltà applicative di non trascurabile rilievo, postulando una valutazione del solo elemento volitivo interiore, senza in alcun modo poter attribuire rilevanza diretta alla modalità di manifestazione.

3. *La posizione del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi: circolare del 13 marzo 2006*

All'interno della circolare del 13 marzo 2006 il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi opera una sorta di *summa* di alcune tra le diverse posizioni dottrinali[44]. Il Dicastero della Santa Sede, in particolar modo, pone, quale fondamento di una valida applicazione dell'esenzione dalla forma canonica di cui ai cann. 1086 §1, 1117 e 1124, l'impellenza di operare una chiara e netta distinzione tra due importanti profili afferenti all'atto di defezione: quello relativo alla dimensione del foro interno e collocato sul piano teologico, e quello relativo alla dimensione esterna, collocato sul piano giuridico-amministrativo[45].

---

interesse per altre espressioni di religiosità senza, per ciò solo, avere in animo alcuna intenzione di abbandonare la comunità ecclesiale cattolica, sia in quanto risulterebbe manchevole l'elemento, richiesto dal codice, della formalità, integrato soltanto in presenza di un qualche atto di ufficializzazione o formalizzazione della propria adesione a tale confessione acattolica. Su questo punto cfr. Juan Lopez Gallo, *Formal defection from the catholic Church*, cit., pp. 629-631.

[43] Qualcuno, in dottrina, si è spinto addirittura sino al punto di individuare nell'abbandono notorio della fede una particolare forma di defezione con atto formale. In questo senso cfr. Antonio Mostaza, *Anotaciones en torno al significado de las locuciones "abandono notorio de la fe católica" del canon 1071, §1-4, y del "abandono 'actu formali' de la Iglesia católica" de los canones 1086 §1, 1117 y 1124*, cit., *passim*.

[44] Chiara risulta, in proposito, l'influenza di autorevoli contributi quali Alex Stenson, *The concept and implications of the Formal act of Defection of Canon 1117*, in *Studia Canonica*, XXI, 1987, pp. 175-194 e Priamo Etzi, *Considerazioni sull'"actus formalis defectionis" di cui nei cann. 1086 §1, 1117 e 1124 del CIC.*, in Joan Carreras (a cura di), *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 215-250. Si veda, inoltre, Priamo Etzi, *L'atto giuridico formale: aspetti canonici (cann. 1086 §1, 1117 e 1124 del C.I.C.)*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, LVII, 2000, pp. 691-710.

[45] In dottrina si fa riferimento anche ad un terzo settore di rilevanza dell'istituto della defezione con atto formale: quello afferente al diritto interno dello Stato, con la conseguente possibilità di

Presentando, infatti, ciascun ambito prerogative proprie e peculiari, l'autorità ecclesiastica è chiamata ad operare una valutazione, secondo differenti criteri epistemologici, che tenga conto, appunto, dei diversi punti di contatto e di divergenza; soltanto in questo modo, infatti, è possibile verificare la sussistenza di una corrispondenza tra piano teologico e giuridico-amministrativo, al fine di ritenere costituito un atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica[46]. In quest'ottica di bilanciamento, è evidente come sia necessario procedere ad un accertamento di biunivocità tra i due livelli in quanto, se da un lato la volontà contraria alla fede costituisce inequivocabilmente l'aspetto sostanziale dell'atto, in mancanza della quale questo non può dirsi venuto ad esistenza, dall'altro è la sua veste giuridica esteriore e formale a consentire, tramite la sua manifestazione, all'ordinamento di poter riconoscere tale volontà come ontologicamente esistente ed in grado di essere recepita dai consociati.

Il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, dunque, opera una decisa equiparazione tra l'elemento formale e quello volitivo-interiore, assegnando a ciascuno un ruolo decisivo ai fini della *reductio ad unitatem* della fattispecie *de qua*. Per questo motivo "non costituisce atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica né la sola concreta presenza nell'animo del soggetto di una effettiva volontà di rottura della comunione, laddove questa non venga esteriorizzata secondo le forme giuridiche previste, né la semplice esistenza di un atto giuridico-amministrativo contenente una volontà di defezione perfettamente formata, in quanto, di per sé, non sufficiente ad escludere la presenza di una volontà di perseverare nella comunione della fede[47]".

In merito al piano teologico, l'atto volitivo, come più volte sottolineato, necessita di una riconduzione sistematica alla definitiva rottura di ogni tipo di legame tra il fedele battezzato e la Chiesa cattolica; la volontà, perciò, deve mirare a disconoscere i vincoli di comunione (professione di fede, sacramenti, disciplina) *ex* can. 205, presupponendo un atto di apostasia, eresia o scisma.

Da ciò discende la conseguenza che non risultano ammissibili, dal punto di vista teologico, gli atti di defezione implicita nel senso già descritto, in quanto non può ravvisarsi, in essi, un positivo atto di volontà del fedele che interessi in maniera diretta i propri legami con la Chiesa; in tali casi,

---

dar luogo ad un atto formale di uscita dalla Chiesa che produca effetti esclusivamente sul piano civilistico e non su quello ecclesiale. In merito, per tutti, cfr. FRANÇOIS MARTZ, *Le droit de quitter de l'Église*, cit., pp. 167-168.

[46] Cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Circolare del 13 marzo 2006*, n. 5.

[47] *Ivi*, n. 3.

infatti, si assiste unicamente ad una volontà che mira al raggiungimento di una finalità, *ex se*, incompatibile in maniera oggettiva con l'appartenenza alla comunità ecclesiale, non anche ad una diretta ed esplicita intenzione di recidere i rapporti con la Chiesa cattolica. Il venir meno della comunione, infatti, va letto come un "oggetto indiretto della volontà" e, per ciò solo, come conseguenza di secondo piano, non preventivata né quale fine né quale mezzo ma, semplicemente, esistente in quanto inscindibilmente connessa al raggiungimento dell'oggetto.

Differentemente, sempre da una prospettiva di foro interno, è possibile pervenire ad altra conclusione qualora si intenda il significato di defezione nell'altro senso esaminato, vale a dire ricollegandolo alla modalità attraverso cui l'ordinamento viene a conoscenza della volontà del fedele di abbandonare la Chiesa. In tal caso, ben potrebbe risultare accettabile l'idea di una defezione implicita nella misura in cui, ad esempio, il soggetto decidesse di aderire ad un'altra confessione non tanto come diretto scopo perseguito ma, piuttosto, come un mezzo tramite cui manifestare all'esterno la propria volontà defettiva. In merito alla dimensione giuridico-amministrativa dell'atto formale va precisato che, a seguito della circolare in esame, essa ha assunto una rilevanza di gran lunga maggiore rispetto a quella accordata dalla dottrina, sia che si parli dei sostenitori della tesi della formalità quale dotata di mera valenza probatoria o, addirittura, inglobata nell'elemento volitivo, sia che si parli di coloro i quali, pur propendendo per una visione forte del requisito formale, non trovano particolari difficoltà nell'ammettere la configurazione dell'atto di defezione anche a seguito di *facta concludentia* da parte del fedele battezzato.

La soluzione interpretativa offerta dal Dicastero della Santa Sede va collocata, infatti, su di un piano maggiormente ristretto richiedendo che l'atto formale, oltre ad essere conforme, quanto ai requisiti di validità, alle prescrizioni dell'ordinamento canonico riguardanti tutti gli atti giuridici, *i.e.* che l'atto sia stato posto in essere dal soggetto in modo personale, libero e cosciente, presenti anche il requisito, *ad validitatem*, della manifestazione in forma scritta davanti alla competente autorità ecclesiastica[48].

Tale interpretazione comporta due conseguenze di immediata visibilità: in primo luogo viene meno la possibilità di configurare l'atto di defezione formale sulla base di comportamenti fattuali e prese di posizione del fedele; inoltre si assiste ad un notevole restringimento della stessa nozione basilare di atto formale in senso proprio, rimanendo all'esterno di tale novero tutta

[48] *Ivi*, n. 4.

una serie di atti precedentemente ritenuti idonei a configurare la fattispecie in esame. Non soltanto, dunque, si ritiene inidonea ad integrare il requisito della formalità una dichiarazione ufficiale resa dinanzi alla autorità statale ovvero una dichiarazione con i caratteri della pubblicità, ma finanche una manifestazione di volontà espressa in forma solenne e pubblicamente resa in presenza dell'autorità ecclesiastica, ritenendo fondamentale, invece, la presenza congiunta della forma scritta e della ricezione da parte dell'autorità stessa[49]. Non è mancato, tra l'altro, nemmeno chi si sia spinto sino al punto di propendere, tramite una interpretazione alquanto rigida e basata sul dato letterale dell'inciso "manifestato in forma scritta e davanti alla autorità ecclesiastica", per la necessaria presenza fisica del soggetto dichiarante dinanzi ad essa, con conseguente esclusione, almeno in linea potenziale e teorica, della possibilità di fare ricorso a documentazione/notificazione scritta. Tale posizione si baserebbe sull'assunto che, in questo modo, l'autorità ecclesiastica godrebbe di una maggiore facilitazione nel verificare la corrispondenza della volontà espressa nell'atto scritto con i requisiti di cui al n. 2 della circolare, poiché una valutazione da compiere sulla base di una documentazione scritta, dove l'indicazione delle ragioni poste a fondamento della defezione può essere più o meno esauriente, si presenta, indubbiamente, meno agevole rispetto ad un vero e proprio contraddittorio istaurato con il fedele in procinto di abbandonare la Chiesa cattolica[50]. E però, proprio quest'ultimo aspetto risulta alquanto problematico, destando più di una perplessità soprattutto in riferimento all'attribuzione di un così complesso compito, quello di operare una valutazione circa la corrispondenza tra quanto dichiarato da un soggetto, già considerato abile ai sensi dei cann. 124-126, e quanto da egli effettivamente voluto, senza aver preventivamente fornito alcun tipo di indicazione in merito ai mezzi ed alle procedure a cui ottemperare. Le difficoltà che emergono in prospettiva necessitano, ai fini di un loro superamento, che

---

[49] *Ivi*, n. 5.

[50] Sul tema cfr. Jean Passicos, *L'acte formel. À propos des demandes de radiation de baptême et de sortie de l'Eglise*, in *L'année canonique*, XXXIX, 1997, p. 53. L'A. evidenzia la notevole insufficienza della documentazione scritta ai fini della valutazione della volontà di defezione. Idonea ad integrare il requisito della forma scritta si ritiene, oltre alla sottoscrizione e stesura di un documento da parte del dichiarante, anche una forma di sottoscrizione di una verbalizzazione ad opera di terzi delle dichiarazioni rese dal soggetto (tramite una applicazione analogica di quanto previsto al can. 1503) o, *in limine*, anche una verbalizzazione priva della sottoscrizione del soggetto dichiarante, nel momento in cui questi, orientato a negare ogni forma di dignità alla Chiesa ed al suo ordinamento, rifiuti di apporla (anche qui entra in gioco un'applicazione analogica del can. 1473). Maggiori difficoltà, invece, pone la questione circa la possibilità di ritenere sufficiente la consegna *brevi manu*, da parte dell'interessato, di un documento previamente redatto; si tende, normalmente, ad ammetterla qualora non si riscontri pregiudizio alla possibilità di ottenere un confronto tra soggetto dichiarante ed autorità ecclesiastica.

si ammetta, in via tendenziale, la possibilità di instaurare una forma di procedimento a carattere istruttorio, in base alle singole circostanze, utilizzando i generali mezzi di prova previsti dall'ordinamento. Una tale esigenza istruttoria, infatti, potrebbe emergere nel caso in cui, riscontrandosi una discrasia tra la volontà interiore e quella manifestata all'esterno, l'autorità ecclesiastica non ravvisi alcun elemento per ritenere sussistente un atto formale di defezione; in tal caso, infatti, occorrerebbe indicare, essendo in presenza di una richiesta di un fedele che, *ex* can. 51 deve presentare una, almeno succinta, motivazione, tutti gli elementi che hanno indotto l'autorità stessa a considerare superata la presunzione tra quanto voluto e quanto dichiarato.

Una simile lettura appare, probabilmente, non molto lontana dal reale spirito e dalle intrinseche finalità perseguite dalla circolare del 13 marzo 2006; ma tale rigore interpretativo non esclude applicazioni maggiormente elastiche, come precisato dallo stesso Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi in risposta ad alcune questioni sollevate dalle Conferenze episcopali italiana e spagnola[51].

In entrambe le note del Dicastero si riscontra un fondamentale concetto: quello del necessario confronto tra l'autorità ecclesiastica ed il soggetto in procinto di abbandonare la Chiesa, qualificato come uno degli elementi centrali nell'ambito della procedura volta ad accertare la corretta configurabilità di un atto di defezione formale. E ciò perché, da un lato, si agevola l'autorità ecclesiastica nel prendere una decisione circa una questione che non presenta soltanto caratteri giuridico-amministrativi ma che investe anche componenti teologico-canoniche, intimamente connesse con gli elementi costitutivi della vita della Chiesa; dall'altro si dà l'opportunità al fedele di prendere consapevolezza della portata della propria decisione, nonché delle conseguenze dal punto di vista canonico, penali e non.

Ad un attento sguardo, però, non può sfuggire la circostanza che le coordinate ermeneutiche tracciate dal Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi non qualificano la necessità del confronto tra le parti in maniera troppo stringente e obbligatoria, rendendola, invece, più simile ad auspicabili *desiderata*. Da un esame delle risposte fornite dal Dicastero alle varie Conferenze episcopali emerge, infatti, che qualora il soggetto dovesse non accettare la possibilità del contradditorio personale con l'autorità ecclesiastica, finanche una mera richiesta di annotazione della sua defezione, proveniente dallo stesso ed inviata a mezzo posta, potrebbe essere ritenuta idonea ad integrare

[51] Cfr. Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, *Risposta del 24 novembre 2006 e del 16 dicembre 2006*, in *Communicationes*, 38, 2006.

il requisito della formalità[52]. Si prevede, in tali casi, che il principio del contraddittorio tra le parti sia egualmente rispettato anche tramite l'invio di una lettera di risposta da parte dell'autorità ecclesiastica competente, in forma di raccomandata, all'interno della quale inserire tutte quelle avvertenze e quelle sollecitazioni di carattere pastorale volte ad esortare il fedele ad una riflessione approfondita sulla possibilità di ritornare sulle proprie decisioni. Successivamente, qualora l'invito al ripensamento non dovesse trovare accoglimento nel destinatario o non pervenisse alcune lettera di risposta all'autorità mittente, "risulterà evidente, per via documentaria, la volontà dell'interessato di porsi formalmente in una situazione canonica di rottura della comunione ecclesiale, con le relative conseguenze penali, e si potrà procedere, quindi, alla relativa annotazione"[53].

Non mancano, però, nemmeno in questa interpretazione, alcuni problemi di carattere applicativo nonché di coerenza logico-sistematica: infatti, oltre a non risultare facilmente amalgamabile con il principio affermato nella circolare per cui "l'atto giuridico-amministrativo dell'abbandono della Chiesa di per sé non può costituire un atto di defezione nel senso inteso dal *C.I.C.*, giacché potrebbe rimanere la volontà di perseverare nella comunione della fede[54]", questa tipologia di impostazione effettua una implicita ma rischiosa sovrapposizione tra il piano giuridico-amministrativo e quello teologico, ancorata, in sostanza, unicamente alla lettera di risposta inviata dalla autorità ecclesiastica, *rectius* alla conoscenza che il fedele ha acquisito a seguito della risposta stessa, idonea a rafforzare la volontà del medesimo, laddove questa si mostrasse vacillante sul piano teologico.

Abbastanza evidente, allora, appare il pericolo che si degeneri in una sorta di riconoscimento meccanico dello *status* di fedele cattolico che abbia formalmente defezionato dalla Chiesa; il che creerebbe non pochi problemi, in considerazione anche della forte connessione esistente tra il riconoscimento suddetto e le pene comminate per i delitti di cui al can. 1364 §1.

Pur non potendosi obliare le problematiche di carattere applicativo che si verificano nella sostanza, occorre anche riconoscere un triplice risultato perseguito dalla circolare: una garanzia di autenticità della provenienza, nonché l'esatto contenuto della dichiarazione di defezione; una veste di solennità esteriore che consenta al soggetto agente, fedele battezzato, di compiere un esame approfondito, secondo coscienza, in merito alla gravità dell'atto in

---

[52] Cfr. Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi , *Risposta del 16 novembre 2006*, p. 188, n. 1.

[53] Cfr. Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, *Risposta del 24 novembre 2006*, pp. 186-187.

[54] Cfr. Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, *Circolare del 13 marzo 2006,* n. 3.

procinto di compiersi; un tentativo di agevolazione dell'autorità ecclesiastica nel suo oneroso compito di operare una valutazione circa il veritiero contenuto della dichiarazione in esame.

Il provvedimento *de quo*, però, non presenta unicamente problemi di carattere applicativo, dovendosi, innegabilmente, fare i conti anche con gli effetti derivanti dal suo grado di forza normativa. Tramite l'attribuzione della qualifica di "circolare" si è optato per un riferimento al suo aspetto esteriore piuttosto che al contenuto, non essendo ravvisabili elementi sufficientemente idonei a consentire una presa di posizione ben precisa circa il suo valore giuridico; tra l'altro non è mancato nemmeno chi, in dottrina, abbia scorto nel contenuto della lettera circolare una risposta al problema sorto in ambito tedesco riguardante la portata canonica dell'uscita dalla Chiesa, c.d. *Kirchenaustritt*, da parte di quei cattolici che non volevano sottoporsi al pagamento della *Kirchensteuer*[55] (invero, il pagamento dell'imposta *de qua* ha rappre-

---

[55] La *Kirchensteuer*, storicamente, fu introdotta nel 1919 dalla Repubblica di Weimar e rinnovata nel 1949 dalla Germania Federale, quale compenso per la nazionalizzazione dei beni ecclesiastici (la normativa tedesca cui fare riferimento è la "*Artikel 140 des Grundgesetzes in Verbindung mit artikel 137 der Weimarer Verfassung*", sulla volontà e carità del cittadino cattolico). Si tratta di un'imposta, il cui ammontare è di circa il 9% del corrispettivo tedesco dell'IRPEF, che grava obbligatoriamente su tutti i fedeli ed alla quale ci si può sottrarre unicamente mediante una dichiarazione di abbandono della Chiesa di appartenenza prestata pubblicamente, con atto formale, dinanzi all'autorità ecclesiastica competente. Suo presupposto, dunque, è l'appartenenza alla Chiesa, con la contestuale nascita, in capo al cittadino, dell'obbligo di corrispondere una determinata somma che ne permetta l'ammissione ai benefici dei servizi ecclesiastici e rispetto alla quale le confessioni religiose sono titolari di un vero e proprio diritto a carattere patrimoniale, giurisdizionalmente tutelato dinanzi ai tribunali civili. È, però, sempre l'ordinamento canonico, in assoluta autonomia, a stabilire le condizioni di appartenenza alla Chiesa ed a regolare, con norme proprie, il sorgere e lo svolgersi di questo rapporto tributario; nella sistematica del *C.I.C.*, infatti, soggiacciono a disciplina soltanto tre tipologie di tributi (ordinario - straordinario - seminaristico), sebbene il can. 1263 preveda la possibilità di ulteriori imposizioni basate sul diritto particolare. In Germania, quindi, in caso di omissione del tributo, gli uffici competenti (*Finanzamt*) inviano una lettera/avviso di accertamento preliminare volta a sollecitare l'adempimento del pagamento, allegando la relativa documentazione ed attestazione dell'appartenenza alla confessione. Trattasi di un sistema di verifica reso possibile grazie ad un controllo incrociato tra i dati (*Anmeldung/database* del Vaticano); la singolarità risiede, poi, nel fatto che la dichiarazione di appartenenza ad una confessione debba essere effettuata presso gli impiegati degli uffici dell'anagrafe (*Einwohnermeldeamt*) ai quali spetta poi il compito di trasferire le informazioni alla competente Diocesi. Sul punto cfr. ALEXANDER HOLLERBACH, *Finances and assets of the Churches. Surveys on the Legal situation in the Federal Republic of Germany*, in *Church and State in Europe, State Financial Support, Religion and the School*, European Consortium for Church - State Research, Giuffrè, Milano, 1995. Accantonando la questione di pura politica ecclesiastica, circa l'opportunità o meno di collegare l'adempimento di un dovere di tipo fiscale e finanziario, per quanto ragguardevole, ad un atto qualificato come abbandono formale della Chiesa cattolica, dal punto di vista prettamente giuridico, secondo i principi che reggono la sfera degli atti giuridici, non pare che, allorquando la dichiarazione di non appartenere più alla Chiesa cattolica venga rilasciata esclusivamente ai fini di liberarsi dall'obbligo fiscale e, dunque, per un fine ed un effetto diversi da quelli propri dell'atto posto in essere, sia possibile materializzare ugualmente l'effetto della defezione dalla Chiesa; piuttosto, sembrerebbero sussistere tutti gli estremi per raffigurare un caso di

sentato una delle ragioni principali dell'intervento del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi). Una impostazione volta ad attribuirgli una vera e propria qualificazione di interpretazione autentica, infatti, mostrerebbe più di una distonia con la sua forma esteriore di mera lettera circolare, utilizzata per comunicare, ai presidenti delle Conferenze episcopali, alcuni chiarimenti relativi al corretto significato da attribuire all' *actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica*, sia dal punto di vista teologico che *stricto sensu* giuridico. Non è mancato, tra l'altro, in dottrina, chi abbia ritenuto maggiormente idoneo, ai fini di una interpretazione autentica, l'utilizzo del modello, pur criticato, del rescritto *in re peculiari*, o della vera e propria legge interpretativa[56].

La più volte contestata carenza, dal punto di vista giuridico formale, della formulazione delle disposizioni contenute nella circolare, nonché la loro mancata rispondenza alle esigenze di tecnica giuridica, è stata giustificata in dottrina dalla volontà del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi di attribuire a ciascuna disposizione la duplice e simultanea funzione di norma giuridica in senso proprio e di nota esplicativa di realtà teologiche, nonché delle esigenze pastorali sottese all'istituto della defezione con atto formale[57]. Si tratta, in buona sostanza, dell'intenzione, da parte del Dicastero della Santa

---

simulazione, che richiederà al soggetto di dover eventualmente fornire una prova circa la volontà di permanere nella comunione con la Chiesa cattolica, *ex* can. 124 §2. Tutto ciò a tacere del fatto che il nesso intercorrente tra i due atti, quello di defezione e quello di liberazione dall'obbligo fiscale, risulta essere di natura chiaramente estrinseca e, inoltre, posto in essere da una legge civile, in base alla logica del sistema dei rapporti esistenti tra Stato e Chiesa, dove proprio lo Stato risulta essere il diretto ed immediato destinatario della dichiarazione del fedele, venendo a svolgere una sorta di funzione amministrativa per conto della Chiesa. Ne consegue che, pur potendosi individuare in questa fattispecie una grave violazione dell'obbligo del fedele di sovvenire alle necessità della Chiesa, *ex* can. 222 §1, risultano lecite molte perplessità circa l'opportunità politica di mettere in connessione, da un punto di vista legislativo, il mancato pagamento delle imposte ecclesiastiche e la dimissione formale dalla Chiesa, così come riguardo alla qualificazione giuridica dell'atto *de quo* come atto formale di defezione dalla Chiesa. Il fulcro del problema, quindi, risiede nella distinzione tra la posizione del soggetto in quanto cittadino ed in quanto fedele: l'atto formale di abbandono della Chiesa deve, senza dubbio, rispecchiare un'intenzionalità di distacco dalla medesima in quanto fedele e non in quanto cittadino contribuente di uno Stato laico. Nel caso della *Kirchenaustritt*, dunque, i cattolici tedeschi che desiderino sottrarsi al pagamento della *Kirchensteuer*, eserciteranno un atto di abbandono scollegato alla rinuncia della *communio* ecclesiale e non suscettibile di rientrare nell'alveo della previsione *ex* can. 1117 *C.I.C.* In argomento cfr. Renato Coronelli, *Incorporazione alla Chiesa e comunione. Aspetti teologici e canonici dell'appartenenza alla Chiesa*, cit., pp. 330-331; Ludger Müller, *Die Defektionklauseln im kanonischen Eherecht. Zum Schreiben des Päpstlichen Rates für Gesetzestexte an die Vorsitzenden der Bischofskonferenzen vom 13 März 2006*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 175, 2006, pp. 374-396; Oswald Von Nell Breuning, *Kirchensteuer und Kirchenmitgliedschaft*, Verlag Herder, Freiburg, 1969, pp. 163-172.

[56] Cfr. Federico Marti, *Quali novità riguardo all'atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica di cui ai cc. 1117, 1086 §1 e 1124? Un commento alla Lettera Circolare del PCTL del 13 marzo 2006*, cit., p. 261.

[57] *Ibidem*.

Sede, di emanare dei criteri interpretativi della normativa sulla defezione che siano dotati di forza vincolante *erga omnes*, ponendo, altresì, in evidenza le ragioni teologiche e logico-giuridiche ad essa sottese. Di primario interesse, perciò, risulta l'approfondimento circa la forza giuridica da attribuire alla circolare, vuoi in relazione alla sua corretta ubicazione nel sistema delle fonti del diritto matrimoniale, vuoi in relazione all'esplicazione dei suoi effetti dal punto di vista temporale, specialmente ai fini della risoluzione di spigolose questioni concernenti alcuni matrimoni dichiarati validi o invalidi sulla base di prassi ed interpretazioni dottrinali precedenti, nonché la validità di matrimoni futuri tra soggetti cattolici *a fide deficientes*.

Una primo, intricato ostacolo da superare, nell'affrontare la problematica inerente al valore giuridico della circolare, è rappresentata, quindi, dal ruolo e dalla natura dell'autorità del Pontificio Consiglio nell'ambito della sistematica delle fonti di diritto canonico. Autorevole dottrina non ha mancato di osservare acutamente come la funzione di interpretare in maniera autentica le leggi *per modum legis* presupponga inevitabilmente una potestà legislativa; da ciò ne deriverebbe che le interpretazioni autentiche da esso fornite, ad eccezione di quelle meramente dichiarative, necessitano, per giungere a perfezionamento, della specifica approvazione da parte del Romano Pontefice, presentando indiscutibilmente le caratteristiche di una nuova norma di legge[58]. Ciò in considerazione del fatto che il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, ufficialmente investito in via ordinaria dall'ordinamento canonico della funzione di interpretare le leggi (*ex* artt. 144 e 145 della Costituzione Apostolica "*Pastor Bonus*"), non è provvisto, tuttavia, della potestà di legiferare, risultando incompetente ad emanare norme di legge e decreti generali, salvo in situazioni specificamente indicate e previa approvazione del Romano Pontefice, come previsto dall'art. 18 della *Pastor Bonus*[59], che la pone come condizione necessaria di validità delle interpretazioni autentiche *per modum legis* rese dal Dicastero in esame. Nonostante non manchino orientamenti contrari, è ormai pacifico in dottrina che tale tipologia di approvazione debba essere intesa in forma generica e non spe-

[58] Cfr. Rosalio José Castillo Lara, *De iuris canonici authentica interpretatione in actuositate Pontificae Commissionis adimplenda*, in *Communicationes*, XX, 1988, p. 281; Julián Herranz, *Il Pontificio Consiglio della Interpretazione dei Testi Legislativi*, in Piero Antonio Bonnet-Carlo Gullo (a cura di), *La Curia Romana nella Cost. Ap. "Pastor Bonus"*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1990, p. 473.

[59] Autorevole dottrina, tra l'altro, in epoca antecedente alla promulgazione della *Pastor Bonus*, ha evidenziato, riferendosi all'allora Pontificia Commissione per l'Interpretazione Autentica del Codice di Diritto Canonico, che "*la competencia de la comisión participa en buena medida de la potestad legislativa*"; sul punto cfr. Javier Otaduy, *Naturaleza y funcion de la comisión pontificia para la interpretacion del CIC*, in *Ius Canonicum*, XXIV, 1984, p. 755.

cifica[60]; ciò, evidentemente, al fine di evitare l'assurda circostanza di dover sostenere che il legislatore canonico abbia conferito, in forma ordinaria e vicaria, ad un Dicastero una funzione la cui modalità di esercizio coincide con quella prevista per le attribuzioni *ad casum* ed *extra competentiam* di cui all'art. 18 della *Pastor Bonus*[61]. Non pare, dunque, azzardato ritenere, anche in virtù del dato normativo, che gli artt. 154-155 della *Pastor Bonus* vadano ad integrare l'ipotesi prevista dal can. 16 §1, vale a dire la concessione della potestà di interpretare le leggi ad un soggetto differente dal legislatore e che, di conseguenza, l'approvazione da parte del Pontefice unita alla promulgazione conferisca alle interpretazioni autentiche del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi valore effettivo di legge[62].

Risulta agevolmente comprensibile la motivazione per cui non possa condividersi l'assunto della necessità del ricorso all'istituto dell'approvazione in forma specifica in luogo di quella generica, basato sulla considerazione secondo cui, fatta eccezione per quelle dichiarative, le interpretazioni *per modum legis* sarebbero atti aventi natura sostanzialmente legislativa e, quindi, non consentiti a soggetti sforniti della titolarità di potestà legislativa.

Una siffatta impostazione teorica, infatti, urta in maniera alquanto evidente con il dettato normativo della *Pastor Bonus* e l'unica strategia per superare una tale distonia risiederebbe nell'adottare una interpretazione restrittiva della competenza del Pontificio Consiglio, di cui all'art. 155 PB, circoscrivendone l'ambito di applicabilità unicamente alle interpretazioni dichiarative e qualificando, in questo modo, le interpretazioni esplicative, restrittive ed estensive come casi di attribuzione *ad casum* ed *extra competentiam*, ai sensi dell'art. 18 della medesima Costituzione Apostolica. Secondo un simile ragionamento, tuttavia, altrettanto evidente risulterebbe il contrasto con l'abituale significato che il legislatore conferisce all'espressione *interpretatio authentica per modum legis*, comprensiva della totalità delle tipologie interpretative, come chiaramente si evince dal dettato del can. 16 §2[63]; il tutto a tacer del fatto che ammettere una configurazione specifica dell'approvazione pontificia comporterebbe una contraddizione in termini, dal momento che priverebbe di significato il medesimo can. 16 che ricono-

---

[60] Cfr. Francisco Javier Urrutia, *De Pontificio Consilio de Legum Textibus Interpretandis*, in *Periodica*, LXXVIII, 1989, p. 509.

[61] Cfr. Federico Marti, *Quali novità riguardo all'atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica di cui ai cc. 1117, 1086 §1 e 1124? Un commento alla Lettera Circolare del PCTL del 13 marzo 2006*, cit., p. 262.

[62] Cfr. Ermanno Graziani, voce *Legge* (*Dir. Can.*), in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 109.

[63] Cfr. Julián Herranz, *Il Pontificio Consiglio della Interpretazione dei Testi Legislativi*, cit., p. 473.

sce espressamente al legislatore la possibilità di attribuire a soggetti *alii a se* la potestà interpretativa *per modum legis* delle disposizioni normative.

Inoltre, l'approvazione in forma specifica si atteggia in maniera tale che l'atto ad essa sottoposto si configuri, sia formalmente che sostanzialmente, come un atto imputabile al Romano Pontefice; ciò, dunque, andrebbe a depauperare il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi della responsabilità e della appartenenza delle interpretazioni fornite[64].

A seguito di queste osservazioni va considerata sicuramente preferibile, oltre che maggiormente rispondente alle esigenze di certezza del diritto, un'impostazione teorica che si attenga strettamente al dettato normativo, qualificando come elemento sufficiente, ai fini della configurazione delle interpretazioni fornite *per modum legis* quali elementi dotati di efficacia giuridica piena ed effettiva, una forma di approvazione generica da parte del Romano Pontefice, cui faccia seguito una promulgazione in via formale dell'atto.

A questo punto non pare ultroneo osservare che, all'interno della circolare in esame, se da un lato risulta che il Romano Pontefice ha sicuramente concesso la propria approvazione in forma generica, osservando il primo requisito di validità dell'atto, altrettanto non può sostenersi riguardo al secondo requisito previsto dal can. 16 §2, vale a dire la sua promulgazione. Essa, in assenza di specifica previsione *ad casum* che statuisca diversamente, deve avvenire in base alle forme ordinarie previste dall'ordinamento canonico al can. 8[65]; ne risulta che la sua diffusione a mezzo delle *Communicationes*, pur non sussistendo dubbi circa l'autorevolezza del mezzo, non può certamente risultare adatta ad essere configurata come un atto idoneo a conferire ad essa forza di legge. Ne consegue che, in assenza di promulgazione, la circolare non ha altro valore se non quello di una lettura autorizzata della legge che nulla aggiunge alla forza vincolante della disposizione interpretata[66].

In merito alla portata applicativa di una tale interpretazione, inoltre, po-

---

[64] In questi termini si esprime Francisco Javier Urrutia, *Adprobatio in forma specifica*, in *Periodica*, LXXX, 1991, pp. 8-9; cfr. anche Matthaeus Conte a Coronata, *Institutiones Iuris Canonici ad usum utriusque cleri et scholarum*, Vol. I, Editio quarta aucta et emendata, Marietti, Torino, 1950, pp. 397-398, n. 335.

[65] Chiara è la norma nell'affermare che "*Leges ecclesiasticae universales promulgantur per edizione in Actorum Apostolicae Sedis commentario officiali, nisi in casibus particularibus alius promulgandi modus fueri praescriptus, et vim suam exserunt tantum espleti tribus mensibus a die qui Actorum numero appositus est, nisi ex natura rei illico ligent aut in ipsa lege, brevior aut longior vacatio specialiter et expresse fuerit statuta*".

[66] Cfr. Pedro Lombardia, *Commento al can. 16*, in *Codice di Diritto Canonico e leggi complementari. Commentato*, Edizione italiana a cura di Juan Ignacio Arrieta, Coletti a S. Pietro, Roma, 2004, p. 85.

sta l'impossibilità di conferire un valore legislativo al documento in esame, da una lettura di quanto disposto dal can. 16 §2 emerge come l'eventualità di una applicazione a carattere retroattivo di un'interpretazione autentica possa sussistere soltanto nel caso in cui questa presenti natura dichiarativa, limitandosi a dichiarare che il senso proprio della disposizione corrisponde a quello immediatamente ricavabile dal suo tenore letterale; contrariamente la retroattività viene esclusa qualora ci si trovi in presenza di un'interpretazione esplicativa (volta, cioè, a chiarire dei dubbi), restrittiva o estensiva[67].

Dal contenuto della circolare può, quindi, dedursi che non ci si trova dinanzi ad una interpretazione di tipo meramente dichiarativo; di conseguenza, sulla base del ragionamento svolto, se ne deve riconoscere la valenza esplicativa e, allo stesso tempo, sancire l'inapplicabilità in via retroattiva, unitamente all'attribuzione di un'impronta marcatamente restrittiva. Il primo aspetto risulta sicuramente dalla funzione, assunta dal documento, di fornire un chiarimento in merito al significato di una disposizione alquanto dubbia, tramite la decodificazione del contenuto preciso della categoria di "atto formale puro", indicando i requisiti di formalità necessari (manifestazione di volontà in forma scritta innanzi al parroco o al proprio Ordinario) per ritenere configurato un atto formale di defezione. Il secondo aspetto, invece, si estrinseca nella misura in cui la circolare introduce l'indicazione di un ulteriore elemento *ad validitatem* per l'atto formale, non riscontrabile in tutti gli altri atti giuridici, ossia la necessità di una volontà qualificata alla base dell'atto di defezione, che provochi una commistione tra l'elemento teologico e il profilo giuridico-amministrativo. In realtà, come acutamente osservato, una simile scelta esubera dal piano strettamente interpretativo della normativa che riguarda l'atto formale di defezione, sfociando in un più generale contesto di teoria generale dell'atto giuridico[68]. Evidente, infatti, risulta l'adesione alla c.d. "teoria degli effetti giuridici", anche conosciuta come "teoria dell'intenzione giuridica", secondo la quale requisito indispensabile ai fini della sussistenza di un valido negozio giuridico è la presenza di una volontà positiva e diretta, orientata agli effetti giuridici propri del negozio in questione. Detti effetti si producono solo ed unicamente in quanto voluti dal soggetto agente, costituendo, la volontà di quest'ultimo, il limite

---

[67] Cfr. Velasio De Paolis, *Il libro I del Codice: norme generali*, in Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico (a cura di), *Il diritto nel mistero della Chiesa*, 3° ed., vol. I, Lateran University Press, Roma, 1995, pp. 293-296.

[68] Cfr. Federico Marti, *Quali novità riguardo all'atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica di cui ai cc. 1117, 1086 §1 e 1124? Un commento alla Lettera Circolare del PCTL del 13 marzo 2006*, cit., p. 265.

massimo su cui si infrange il riconoscimento degli effetti medesimi da parte dell'ordinamento[69].

In questo modo pare del tutto disattesa la c.d. "teoria del fine pratico", secondo la quale requisito sufficiente per la validità di un atto giuridico è che una determinata volontà sia diretta, unitamente alla conoscenza del suo oggetto essenziale e degli effetti, a realizzare l'atto *de quo*; la differenza con la "teoria dell'intenzione giuridica" risiede, però, nel fatto che, in questo caso, sussiste in capo al soggetto agente la consapevolezza che gli effetti si produrranno *ipso facto* a partire dal momento in cui giungerà a realizzazione l'atto stesso e non dall'intenzione orientata alla loro determinazione.

Dalle considerazioni svolte appare alquanto evidente come, pur nel suo pregevole sforzo di dirimere questioni intricate riguardo una materia di non facile applicazione a causa del farraginoso quanto disomogeneo impianto normativo, la circolare *de qua*, non presentando a tutti gli effetti carattere legislativo, abbia avuto un impatto molto diverso sulle varie Curie diocesane, non mancando di essere completamente disattesa in più di un'occasione[70].

Nondimeno, in virtù di tale documento, alcuni connotati in materia di defezione dalla Chiesa cattolica hanno subito notevoli mutamenti: non può, a tal proposito, obliarsi di focalizzare l'attenzione sul drastico ridimensionamento della portata applicativa della normativa riguardante l'esonero dalla forma canonica che, eccezion fatta per le prassi precedenti in virtù della già menzionata irretroattività della circolare, espelle dal suo cono d'ombra una considerevole serie di casi, qualificati, in precedenza, pacificamente come atti di defezione formale.

Un'altra conseguenza alquanto immediata attiene al rischio, non soltanto teorico, di una deviazione dell'atto di defezione formale dalla sua natura originaria, *rectius* dalle finalità che il legislatore aveva inteso perseguire, nonché di un suo uso funzionale *contra Ecclesiam*. Non pare, infatti, ultroneo rilevare come una strategia favorevole ad una via giuridica fortemente rigida e formale, che circoscriva il più possibile il campo dell'atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica, sia suscettibile di essere manipolata in tutt'altra direzione privando, in molti casi, della propria ragion d'essere la clausola di esonero contenuta nei cann. 1086 §1, 1117 e 1124, considerato che la maggior parte

---

[69] Cfr. Gommarus Michiels, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, cit., pp. 588-589.

[70] Cfr. Vicariato di Roma , *Decreto 23 giugno 2006*, pubblicato a cura dell'Osservatorio delle Libertà ed Istituzioni Religiose in *www.olir.it.* Riguardo al provvedimento finale adottato, si notano le prime discrasie rispetto alla circolare: l'autorità procedente, infatti, non soltanto non tiene conto della fondamentale questione della coincidenza tra piano teologico e giuridico-amministrativo dell'atto defettivo, ma dispone l'annotazione sull'atto di cresima e non sul registro dei battesimi.

dei casi di defezione è riconducibile a soggetti i quali, oltre a non nutrire più fede alcuna, convivono con una piena ed assoluta indifferenza nei confronti della Chiesa cattolica e dei rapporti con essa. E si tratterà, perciò, di soggetti che non avranno certamente cura, ritenendolo pressoché irrilevante, di ottemperare all'esonero dalla forma canonica mediante il rispetto delle procedure prescritte nella circolare al fine di contrarre valido matrimonio.

Al di fuori di questa cerchia, invece, si collocheranno casi di defezione per i quali si darà luogo all'attivazione ed al rispetto delle procedure formali *de quibus*; si tratterà di tutti quei casi in cui alla perdita di fede non si accompagna una indifferenza verso la Chiesa ma, al contrario, un sentimento di avversione con un probabile uso strumentale, quindi, dell'istituto di defezione con atto formale a vantaggio della propaganda di movimenti acattolici ed ateisti[71].

Dal contenuto della circolare, inoltre, affiorano altre due considerazioni: in primo luogo la tendenziale inconciliabilità della possibilità di defezione a seguito di mera richiesta scritta inviata per posta all'autorità ecclesiastica competente con la statuizione di principio circa la necessità di un vero riscontro della coincidenza tra profilo teologico e giuridico-amministrativo nell'atto posto in essere dal fedele; piani che, come detto, rischiano di sovrapporsi in maniera meccanica rendendo l'intera questione relativa alla defezione con atto formale una meccanica registrazione di dati anagrafici, quasi come se il fedele sia portatore di un vero e proprio diritto in tal senso.

Pur nel rispetto del tentativo del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi di adeguarsi alla normativa sulla *privacy*, non pare infatti opportuno effettuare una sovrapposizione tra la questione dei diritti individuali in materia di dati sensibili e la questione di appartenenza del fedele alla Chiesa, utilizzando gli strumenti giuridici propri della prima fattispecie per valutare la seconda. È per questo motivo che in dottrina si è avanzata l'ipotesi di una netta distinzione tra i due profili, tramite una duplice annotazione: una relativa alla dichiarazione del fedele di abbandonare la Chiesa, l'altra in ordine al giudizio di coincidenza del profilo teologico con quello giuridico-amministrativo, di competenza dell'autorità ecclesiastica. In questo modo sarebbe maggiormente assicurata la compatibilità tra l'esigenza di rispetto della legislazione civile con la difesa della sfera di competenza propria della Chiesa[72].

---

[71] Cfr. Federico Marti, *Quali novità riguardo all'atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica di cui ai cc. 1117, 1086 §1 e 1124? Un commento alla Lettera Circolare del PCTL del 13 marzo 2006*, cit., *passim*.

[72] *Ivi*, p. 267.

Appare, dunque, chiaro come il documento del Dicastero della Santa Sede abbia intrapreso un percorso ben distante dalle configurazioni auspicate dalla dottrina. L'esito palese di questo percorso, infatti, nonostante se ne fosse formalmente riaffermato il vigore, è stato quello di una abrogazione *de facto* della normativa riguardante l'esenzione dalla forma canonica, per tutti i soggetti cattolici *a fide deficientes*, di cui ai cann. 1086 §1, 1117 e 1124; una via di mezzo, insomma, che ha finito per scontentare sia chi si auspicava l'abrogazione espressa dell'istituto, sia chi ne filtrava la validità attraverso la precisazione dei requisiti di formalità, propendendo per una sua riformulazione in grado di garantire, in via effettiva, lo *ius connubii* dei recedenti dalla fede cattolica, tramite la richiesta del requisito della forma canonica unicamente *ad liceitatem*[73].

4. *Il Motu proprio "Omnium in mentem"*

Attraverso la lettera in forma di *Motu proprio "Omnium in mentem"* del 2009, Benedetto XVI ha apportato significative modifiche all'impianto del *C.I.C.* del 1983, con l'espressa finalità di consentire, con una maggiore efficacia, sia l'imprescindibile unità dottrinale, sia la conseguente finalità pastorale e catechetica[74].

Le più profonde ragioni che si trovano alla base di una tale riforma, che ha visto la luce al termine di una corposa consultazione con i Padri della Congregazione per la Dottrina della Fede e del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi prima, e con le Conferenze episcopali poi, sono ampiamente enucleate all'interno del documento pontificio, ove si afferma che "l'esperienza di questi anni ha mostrato che la normativa in esame ha generato non pochi problemi a livello pastorale[75]".

Tra i vari problemi applicativi a cui si fa riferimento, si rileva come sia ap-

[73] Cfr. GIUSEPPE DI MATTIA, *La dottrina sulla forma canonica del matrimonio e la proposta per un suo riesame*, in *Apollinaris*, 44, 1971, pp. 471-522; IDEM, *Areligiosità dei battezzati e forma canonica del matrimonio*, in *Arch. Giur.*, 183, 1972, pp. 186-187; GIOVANNI CERETI, *Matrimonio ed indissolubilità: nuove prospettive*, EDB, Bologna, 1971, pp. 122-133; si vedano anche le interessanti considerazioni di MIGUEL ANGEL ORTIZ, *La forma canonica quale garanzia di verità del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 15, 2003, pp. 371-406.

[74] Per un'ampia disamina circa le innovazioni apportate dal *Motu proprio "Omnium in mentem"*, si rinvia agli Atti del Convegno tenutosi a Napoli il 18 maggio 2011, dal titolo "*L'atto formale di uscita dalla Chiesa*", a cura di MARIO TEDESCHI, in corso di pubblicazione.

[75] Cfr. Benedetto XVI, lettera in forma di *Motu proprio "Omnium in mentem"*, in *www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/intrptxt/documents/rc_pc_intrptxt_doc_20091215_omnium-in-mentem_it.html*

parsa alquanto ardua la determinazione e la configurazione, a livello pratico, nei singoli casi, dell'atto formale di separazione dalla Chiesa, sia riguardo alla sua natura teologica sia riguardo agli aspetti prettamente canonistici.

Gran parte della dottrina, infatti, si era mostrata alquanto critica nei confronti della norma disciplinante la fattispecie in esame, " per le difficoltà applicative che essa, nei singoli casi concreti, andava a creare, trattandosi di un concetto nuovo e di difficile interpretazione"[76]. Ed infatti, alcuni illustri autori facevano notare come il legislatore facesse ampio uso di tale espressione, senza mai, però, dare una definizione completa ed organica di cosa essa fosse e senza mai specificare quali fossero i requisiti richiesti per la sua esistenza e validità.

Secondo i già citati parametri di riferimento indicati dal Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi con la lettera circolare indirizzata ai presidenti delle Conferenze episcopali (decisione *in foro interno* di uscire dalla Chiesa – attuazione e manifestazione esterna di detta decisione – ricezione da parte della competente autorità ecclesiastica della decisione medesima), si doveva essere alla presenza, quindi, di un atto giuridico unilaterale non soltanto formale, ma, soprattutto, di carattere recettizio, *rectius* di un atto idoneo a produrre i suoi effetti soltanto nel momento in cui perviene al destinatario e viene da quest'ultimo percepito[77]. In altre parole, quindi, l'atto formale non si risolveva

in una dichiarazione *per incertam personam*, bensì risultava strutturato come una estrinsecazione caratterizzantesi per il suo necessario indirizzo ad un soggetto determinato (competente autorità ecclesiastica), al fine di far scaturire

l'effetto culminante di defezione dalla Chiesa cattolica.

L'atto formale, quindi, recava le caratteristiche di una fattispecie complessa a formazione progressiva, nella quale la propalazione della dichia-

---

[76] Cfr. Urbano Navarrete, *L'impedimento di "disparitas cultus"(can. 1086)*, cit., p. 128 e ss; cfr. anche Velasio De Paolis, *Alcune annotazioni circa la formula "Actu formali ab Ecclesia catholica deficere"*, in *Periodica*, 1995, pp. 579-608.

[77] In tal senso si esprime Sebastiano Villeggiante, *Dispensabilità della forma di celebrazione del matrimonio e problematica inerente all'abbandono della fede con atto formale*, cit., p. 168. Ad avviso dell'illustre A., infatti, la formale dichiarazione di defezione della fede, reca seco una autoregolamentazione di un interesse spirituale strettamente personale, la quale non è suscettibile di interpretazione, in senso civilistico, difforme da quella che riconduca alla fattispecie del negozio giuridico unilaterale, la cui essenza consiste, appunto, nella autoregolamentazione del proprio interesse spirituale. L'A., inoltre, considera che il principale destinatario del negozio giuridico posto in essere, è l'autorità religiosa, la quale ha l'obbligo di verificare, attraverso un ulteriore negozio giuridico di accertamento, la sussistenza dell'autentica volontà della dichiarazione del fedele; nel caso in cui, poi, all'autorità ecclesiastica non dovesse risultare l'intrinseca verità dell'atto formale di defezione, quest'ultima è tenuta a rigettarlo; contrariamente, è suo dovere giuridico prenderne atto.

razione di apostasia – compiuta e perfezionata *quoad auctorem* nell'istante della sua emanazione – risultava già idonea a produrre effetti preliminari inerenti al foro interno e consistenti nella manifestazione del relativo peccato[78]. Al contrario, gli effetti propriamente giuridici, in particolar modo penali, scaturenti dalla separazione dalla Chiesa, potevano venire in essere unicamente in seguito alla ricezione ad opera del destinatario finale dell'atto, *rectius* l'autorità ecclesiastica competente. Attraverso un'accurata disamina emerge, all'interno del *Motu proprio*, come ci si sia trovati dinanzi a numerose difficoltà, vuoi nell'azione pastorale, vuoi nella prassi giudiziaria; l' "*Omnium in mentem*", d'altra parte, costituisce un intervento legislativo da tempo auspicato dalla maggior parte della dottrina, in base ad una nuova asserzione del principio solenne per cui *semel catholicus semper catholicus*[79]. La normativa in oggetto, tra i numerosi canoni ai quali ha apportato modifiche, si è concentrata su molti di essi riguardanti la materia matrimoniale ed i relativi impedimenti. E, d'altra parte, la *ratio* di un tale intervento si rinviene all'interno dello stesso *Motu proprio*, nella misura in cui si afferma che, siccome i sacramenti sono i medesimi per tutta la Chiesa, è di competenza unicamente della suprema autorità l'approvazione e la definizione del requisiti per la loro validità, così come la determinazione di ciò che concerne il rito da osservare nella celebrazione degli stessi (*ex* can. 841); tutto ciò vale, ovviamente, anche per la forma che deve essere osservata nell'ambito della celebrazione del matrimonio, se almeno una delle parti sia stata battezzata nella Chiesa cattolica (cfr. cann. 11 e 1108). In particolar modo, risultano eliminate dal testo del *Codex*, a seguito della nuova normativa, le parole "e non separata da essa con atto formale", di cui ai cann. 1117 e 1086, §1, come pure "e non separata dalla medesima con atto formale" di cui al can. 1124.

In altre parole, si verifica l'espunzione dal *Codex* del 1983, dal quale era stata introdotta, della previsione a carattere eccezionale a tenore della quale i fedeli, separati dalla Chiesa con atto formale, non sono tenuti all'osservanza delle leggi ecclesiastiche in materia di forma canonica del matrimonio

---

[78] In argomento cfr. Raffaele Botta, *Trattamento dei dati personali e confessioni religiose (dalla legge 31 Dicembre 1996 n. 675 al D.lgs 11 Maggio 1999)*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1999, 4, pp. 882-927; cfr. anche Geraldina Boni, *Tutela rispetto al trattamento dei dati personali tra sovranità dello Stato e sovranità della Chiesa cattolica*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, p. 1687 e ss.

[79] In questi termini Sebastiano Villeggiante, *Dispensabilità della forma di celebrazione del matrimonio e problematica inerente all'abbandono della fede con atto formale*, cit., p. 173; cfr. anche Rafael Navarro Valls, *Commenti ai cann. 1108-1140*, in Aa.Vv., *Codice di diritto canonico e leggi complementari. Commentato*, Roma, 2010, p. 752. Ad avviso dell'A. la modifica del testo permette di evincere anche una maggiore aderenza alla corrispondenza tra matrimonio e sacramento.

(cfr. can. 1117), di dispensa dall'impedimento di disparità di culto (cfr. can. 1086) e di licenza richiesta per i matrimoni misti (cfr. can. 1024)[80].

La *ratio* più intima di questa deroga alla previsione generale del can. 11 aveva come scopo quello di evitare che i matrimoni contratti da quei fedeli fossero nulli per difetto di forma, oppure per impedimenti dovuti a disparità di culto. E però, ad una attenta analisi, risulta legittimo chiedersi se, con la summenzionata modifica normativa, sia stata totalmente espunta dall'ordinamento canonico la possibilità di separarsi dalla Chiesa cattolica con atto formale. Autorevole dottrina, che ha trattato approfonditamente la questione, si dimostra orientata per una sopravvivenza dell'atto formale, inteso come una sorta di esemplificazione del concetto di atto notorio e pubblico di abbandono della fede; esso sarebbe, quindi, ancora pienamente in vigore nel sistema penale canonico. Si afferma, perciò, che effetto esclusivo della modifica normativa sarebbe stato, limitatamente, solo quello di porre un freno alle deroghe già citate, costituite dall'esenzione dall'applicazione di talune norme codicistiche, in particolar modo attinenti la materia matrimoniale, nei confronti dei cattolici formalmente separati. Sarebbe invece, a giudizio della medesima dottrina, ancora salva la possibilità di separarsi dalla Chiesa con un atto formale.

Le motivazioni a supporto di tale conclusione si argomentano nel senso che in diritto canonico esiste una ben precisa gerarchia che vede la prevalenza delle intenzioni dell'autore di un atto sulla norma adoperata e che, al di là di ogni considerazione, non è concepibile il fatto che rimanga privo di ogni conseguenza giuridica un atto di abbandono della fede[81].

Non è mancato però chi, in dottrina, abbia ritenuto tali argomentazioni, seppur in via astratta degne di una certa condivisione, specialmente riguardo al diritto penale, non del tutto persuasive e meritevoli di alcune puntualizzazioni[82]. Infatti, una volta attribuita la qualifica, all'abbandono pubblico

---

[80] In materia cfr. una *coram* Stankiewicz, diei 15 decembris 1992, in *R.R. Dec.*, Vol. LXXXIV, p. 666, n. 4, a tenore della quale "*Dum enim Codicis nunc abrogati praescripta obligationem formae canonicae ad omnes baptizatos in catholica Ecclesia vel ad eam receptos extendebant, licet sive hi sive illi ab eadem postea defecerint (can. 1099, §1 CIC/1917), iuxta novam legem matrimonialem hac forma ii tantum devinciuntur, qui plene Ecclesiae catholicae incorporantur (can. 205, CIC/1983), seu qui actu formali a bea non defecerunt (can. 1117, CIC 1983)*".

[81] In questi termini si esprime Manuel Jesus Arroba Conde, *L'atto formale di uscita dalla Chiesa*, in Atti del Convegno svoltosi a Napoli il 18 maggio 2011 dal titolo "*L'atto formale di uscita dalla Chiesa*", a cura di Mario Tedeschi, in corso di pubblicazione.

[82] Cfr. Mario Ferrante, *Il delitto di apostasia alla luce del Motu proprio "Omnium in mentem"*, in Aa.Vv., *Questioni attuali di diritto penale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2012.

della fede, di atto propriamente giuridico[83], non può non ricordarsi che, ai fini della validità di ogni atto giuridico è richiesto, tra le altre cose, il rispetto di quelle formalità e di quei requisiti previsti dal diritto ai fini della validità dell'atto stesso (*ex* can. 124, §1). Ciò vuol dire che, nulla togliendo al ruolo fondamentale della volontà, sarebbe antigiuridico prescindere dal requisito della forma prescritta *ad validitatem* dal diritto, in particolar modo quando si tratti di atti illeciti ed aventi rilevanza penale; e ciò anche in virtù di un principio, di diritto generale prima e di diritto canonico particolare poi, secondo cui è diritto di ogni fedele quello di essere punito soltanto *ad normam legis*, *ex* cann. 18 e 221, § 3.

In merito al caso di specie, come già sottolineato, l'atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica presenta una natura giuridica di atto recettizio, *rectius* di un atto che produce i suoi effetti non già dal momento in cui viene in emissione la dichiarazione di volontà del soggetto, bensì dal momento in cui questa perviene a conoscenza del destinatario (l'autorità ecclesiastica competente). Ed è alla luce di quest'ultimo elemento che, essendo costitutivo dell'effetto giuridico, viene attribuito all'atto di defezione una formalità maggiormente forte e qualificata, dalla quale non può tecnicamente prescindersi ai fini della produzione degli effetti giuridici, specialmente quelli penali.

Ed ancora, pur appoggiando la tesi secondo la quale è inconcepibile che un atto di abbandono della fede resti sprovvisto di conseguenze giuridiche, ai fini della configurabilità dell'apostasia è doveroso operare una distinzione tra imputabilità morale ed imputabilità giuridico-penale; tra foro interno e foro esterno; tra peccato e delitto[84].

Non sarebbe, dunque, azzardato propendere, in virtù delle considerazioni svolte, per un più generale effetto di abrogazione da parte della riforma in esame che avrebbe, quindi, depauperato l'ordinamento canonico dell'atto giuridico formale di defezione dalla Chiesa cattolica.

---

[83] Cfr. Sebastiano Villeggiante, *Dispensabilità della forma di celebrazione del matrimonio e problematiche inerenti all'abbandono della fede con atto formale*, cit., p. 163. Ad avviso dell'A., "atto formale non può essere inteso come sinonimo di atto burocratico" in quanto sarebbe "l'espressione di una decisione manifestata seriamente con un atto di volontà, nel quale la decisione stessa di incarna: l'atto formale è, dunque, un atto giuridico e non un atto burocratico. E quindi vale, in questo ambito, il can. 124, §1".

[84] Cfr. Raffaele Botta, *La norma penale nel diritto della Chiesa*, cit., pp. 134-135. Ricorda l'A. come all'imputabilità morale si ricolleghi la responsabilità dell'autore dell'atto (violazione dell'ordine morale) solo davanti a Dio (in quanto peccatore) mentre alla imputabilità giuridico-penale si ricolleghi la responsabilità dell'autore dell'atto (violazione dell'ordine giuridico-sociale) anche davanti alla Chiesa (come soggetto delinquente).

5. *Tra piano giuridico e piano fenomenico: riflessi della soppressione della clausola "actu formali ab Ecclesia catholica deficere" sul sistema matrimoniale canonico*

La situazione di elevato *impasse* normativo causato dalla rilevata abrogazione dell'atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica ha indubbiamente dato adito ad una serie di modifiche che hanno condotto ad una struttura logico-formale del delitto di apostasia in merito alla quale non può omettersi di osservare come l'intervento di Benedetto XVI abbia inciso profondamente sul momento consumativo del *crimen* in questione. I cambiamenti apportati dall'intervento pontificio non limitano, tuttavia, il proprio raggio d'azione ai canoni di riferimento, bensì all'intero *background* normativo sottostante, sulla cui base i canoni medesimi vanno innestati ed interpretati.

È chiaro, d'altra parte, come l'avvenuta abrogazione dell'atto formale di defezione non possa rappresentare una negazione, sul piano fenomenico, del verificarsi della fattispecie penale in oggetto, per quanto, da una lente squisitamente probatoria, si sia creato un *vulnus* circa una modalità che consentiva, con maggiore facilità e certezza giuridica, di riscontrare l'avvenuta commissione del reato di apostasia[85]; elemento, quest'ultimo, sulla cui rilevanza non può nutrirsi dubbio alcuno, anche in considerazione della tipologia di pena prevista dalla norma incriminatrice: la scomunica *latae sententiae*[86]. Il nocciolo essenziale della questione risiede nel fatto che l'atto defettivo presentava natura di atto recettizio, come già sottolineato, e, quindi, produceva i suoi effetti giuridico-penali unicamente al momento della sua ricezione (*i.e.* percezione da parte del soggetto destinatario finale, vale a dire

---

[85] Ciò che si richiede, in altri termini, ai fini della configurazione dell'apostasia, è un atto in sé e per sé umano (*actus humani*), nella sua inseparabile unità di materiale e spirituale, occorrendo, da parte del soggetto agente, la componente volontaria, non solo in relazione al compimento del fatto materiale, bensì anche in relazione al perseguimento di quelle conseguenze giuridiche connesse dall'ordinamento a quel determinato comportamento illecito. In argomento cfr. una *coram* Wynen, *Limburgen, diei 1 martii 1930, apud S. Rotae decisiones, decisio XII,* vol. XXII, 1930, p. 127-128, n. 3, ove si afferma che: "*Actus autem humanus tunc tantum habetur si procedat ab homine qua tali seu ab eius deliberata voluntate, idest si actio ponitur a sciente et volente*".

[86] Trattasi di pena a carattere eccezionale (cfr. cann. 1314 e 1318), normalmente prevista con riferimento ad ipotesi delittuose nelle quali l'evento lesivo sia agevolmente riscontrabile (ad es. l'aborto) con la dovuta certezza giuridica richiesta ai fini della immediata inflizione della pena. Tale tipologia di scomunica, inoltre, infligge la privazione del diritto-dovere di partecipare ai beni spirituali della Chiesa ed in particolare di ricevere i soccorso della Grazia mediante i sacramenti (cfr. cann. 213, 1331 §1 n. 2 e 991 §1 *C.I.C.*). Per una disamina approfondita cfr. Maria D'Arienzo, *Il concetto giuridico di responsabilità. Rilevanza e funzione nel Diritto Canonico*, Pellegrini Editore, Cosenza, 2012, pp. 144-145; circa gli aspetti storici relativi all'ingiustizia della sentenza di scomunica cfr. Raffaele Balbi, *La sentenza ingiusta nel Decreto di Graziano*, Jovene, Napoli, 1990.

l'autorità ecclesiastica competente, nel senso chiarito *ex* can. 1330). Non soltanto: la presenza di un siffatto atto recettizio apportava un altro, indubbio, vantaggio all'economia del principio di certezza giuridica, consentendo all'autorità ecclesiastica destinataria una valutazione circa i termini di gravità ed il carattere definitivo dell'atto *de quo*, prima di considerare l'automatica inflizione della pena della scomunica; e ciò in base alla considerazione per cui "si può essere cristiani anche se non in piena comunione, ma non per ciò solo scomunicati"[87].

Alla scomparsa dell'*actus formalis defectionis*, tuttavia, non ha fatto seguito la stessa sorte del can. 1330 che, presupponendo la possibilità di manifestare la propria defezione esclusivamente tramite atto formale, è rimasto in vigore nel sistema del *Codex*. Conseguenza di questa discrasia normativa è stata la rottura di quel legame logico-sistematico che ha provocato un evidente spostamento dell'equilibrio strutturale interno allo stesso impianto codicistico, con il risultato di una estrema difficoltà in merito all'accertamento del momento consumativo del *crimen apostasiae*. Probabilmente, non sarebbe stato del tutto scorretto conferire una portata di maggior respiro alla riforma in esame, riuscendo a tener conto anche delle, non difficilmente prevedibili, ripercussioni giuridico-penali che si sarebbero verificate, come poi è stato, nelle altre materie regolate dal *C.I.C.* (*ex plurimi*s quella matrimoniale), in conseguenza dell'espunzione del formale atto di defezione dalla Chiesa cattolica[88].

Dal complesso delle considerazioni svolte sembrano farsi strada almeno due chiavi di lettura predominanti: la separazione del piano formale da quello sostanziale del fenomeno apostatico, succedaneo alla distinzione tra peccato e delitto, e la rilevanza funzionale della fattispecie in esame rispetto alla materia matrimoniale. A queste problematiche le evoluzioni normative verificatesi nel corso degli anni hanno, probabilmente, aggiunto più difficoltà di quante non siano riuscite ad eliminare. Intenzione iniziale del legislatore, al momento dell'introduzione della clausola *ex* can. 1117 *C.I.C.*, era stata quella di ammettere un'eccezione al principio del can. 11, facendo riferimento a quei battezzati i quali, con molta probabilità, si sarebbero ritrovati ad ignorare la forma ed avrebbero contratto matrimonio, se non vi fosse stata la previsione *ex* can. 1117, in maniera invalida. Scopo precipuo della clausola in esame, quindi, era quello di salvaguardare, per lo meno relativamente alle

---

[87] Cfr. Velasio De Paolis-Davide Cito, *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro VI*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2000, p. 298.

[88] Cfr. Mario Ferrante, *Il delitto di apostasia alla luce del Motu proprio "Omnium in mentem"*, cit., p. 284 e ss.

esigenze formali, la validità di queste tipologie di matrimonio; ciò in virtù del fatto che i soggetti allontanatisi dalla Chiesa non perdono lo *ius connubii* e, quindi, l'esenzione dal requisito della forma facilita l'esercizio del diritto medesimo. Il *Motu proprio* "*Omnium in mentem*", infatti, specifica chiaramente che la ragione ed il fine di questa eccezione alla previsione generale *ex* can. 11 risiedeva nel tentativo di evitare che i matrimoni contratti da quei fedeli risultassero nulli per difetto di forma o per impedimento da disparità di culto.

Il tentativo di pervenire ad un sistema di esenzione che consentisse una semplificazione dell'esercizio dello *ius connubii* accompagna tutto il percorso di redazione del can. 1117, coerentemente al proposito, più volte espresso in seno al *coetus* di revisione del Codice, di ridurre al massimo le nullità per motivi formali, in quanto "*matrimonia invalida non sunt multiplicanda*"[89].

Il proposito così enunciato fu presente sia nei lavori conciliari che in quelli di riforma dei canoni relativi all'obbligatorietà della forma ed ai suoi requisiti *ad validitatem*, concretizzandosi, da una parte, nell'estensione dell'istituto della delega *ex* can. 144 e, dall'altra, nella possibilità di esimere coloro i quali avessero formalmente abbandonato la Chiesa[90].

La soluzione adottata, tuttavia, ha rappresentato una vera e propria *crux interpretum* per la dottrina[91]; le differenti interpretazioni avanzate, infatti, coincidevano, in particolar modo, nel mettere in evidenza le perplessità che sarebbero potute nascere in merito all'operatività dell'atto di abbandono, vuoi in quanto non risultava agevole determinare ciò che dovesse intendersi per "atto formale di defezione", vuoi per le conseguenze che si sarebbero ripercosse sulla validità dei matrimoni: più fattispecie sarebbero state ritenute conformi ai requisiti di abbandono formale e più fedeli sarebbero risultati validamente sposati anche senza una precisa consapevolezza della validità canonica della propria unione[92]. Per questo motivo, a causa delle perplessità inerenti l'operatività dell'atto di abbandono e delle difficoltà interpretative,

---

[89] Cfr. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Relatio complectens synthesim animadversionum ab Em.mis Patribus Commissionis ad novissimum Schema Codicis Iuris Canonici exhibitarum, cum responsionibus a Secretaria et Consultoribus datis*, Typ. Pol. Vat., 1981, p. 252 e ss.

[90] Cfr. Federico Rafael Aznar Gil, *La revisión de la forma canónica del matrimonio en el Concilio Vaticano II*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 38, 1982, p. 507 e ss.

[91] Cfr. Velasio De Paolis, *Alcune annotazioni circa la formula "actu formali ab Ecclesia catholica deficere"*, cit., pp. 579-608; cfr. anche Tomás Rincón Pérez, *Alcance canónico de las fórmulas "abandono notorio de la fe católica" y "apartamiento de la Iglesia por acto formal"*, in Aa.Vv., *Forma jurídica y matrimonio canónico*, EUNSA, Pamplona, 1998, pp. 94-114; in ultimo cfr. Juan Fornés, *La forma en el matrimonio de un católico con uno no católico*, in *Ius Canonicum*, 37, 1997, pp. 13-31.

[92] In argomento cfr. Albert Ribot, *La exención de la forma canónica del matrimonio de quienes han abandonado la Iglesia mediante acto formal (can. 1117)*, PUSC, Roma, 2004.

la dottrina ha più volte sollecitato un responso autoritativo circa il chiarimento della portata dell'espressione "atto formale di abbandono" o, in mancanza, una sua soppressione. Ci si trovava a fare i conti, infatti, con la situazione paradossale di numerose unioni valide contratte da soggetti che non avrebbero, di propria iniziativa, mai optato per la forma canonica, in quanto in nessun modo identificati o non più identificati con il complesso di valori e di istanze di cui si fa portatrice la Chiesa cattolica. Una strategia, insomma, che avrebbe condotto sì ad evitare il numero delle nullità dei matrimoni per difetto di forma, ma all'incoerente prezzo di trasformare in valide davanti alla Chiesa il medesimo numero di unioni, ritenendole, qualora coinvolgenti un altro soggetto battezzato, un vero e proprio sacramento.

Non stupisce, quindi, che si sia più volte optato, anche ai fini di garanzia della certezza del diritto, per una interpretazione molto restrittiva del concetto di atto formale, individuando l'abbandono in situazioni nelle quali il fedele si fosse rivolto all'autorità ecclesiastica, consentendo a quest'ultima di *fidem facere* dell'avvenuta defezione; e non è mancata, di conseguenza, nemmeno qualche pronuncia giurisprudenziale in cui non sia stata riconosciuta la defezione dalla Chiesa cattolica nella frequentazione e nel battesimo all'interno di una setta acattolica, richiedendo, invece, che "*in defectione ab Ecclesia uti talis publice agnoscitur necessaria certa forma seu solemnitas ut quendam actum publicum quis possit serio ac valide significare*"[93]. Anche le già esaminate interpretazioni fornite dal Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, sebbene si prestassero a giovare alla certezza giuridica, costituivano una indubbia limitazione all'esercizio dello *ius connubii*, mettendo in discussione la stessa *ratio* della norma che aveva sancito l'esenzione dall'obbligatorietà della forma canonica per i cattolici che avessero formalmente abbandonato la Chiesa e che mai avrebbero scelto di celebrare un matrimonio canonico; in pratica si sarebbe avuta una riduzione degli atti di defezione pervenuti dinanzi all'autorità ecclesiastica, con la conseguenza che l'esenzione dall'obbligo della forma e la conseguente validità del matrimonio celebrato in altre forme avrebbe rappresentato una possibilità molto più teorica che reale. Si spianava, dunque, sempre di più la strada verso la soppressione dell'inciso "*deficere ab Ecclesia actu formali*": la sessione plenaria del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, infatti, tenutasi il 4 giugno del 1999 approvò all'unanimità detta soluzione.

Nel proemio del *Motu proprio* emergono in tutta la loro forza dirompente le motivazioni che hanno orientato il legislatore verso un vero e proprio

[93] Si tratta di una *coram* VERGINELLI del 25 febbraio 2005.

colpo di spugna; si legge infatti che "è apparsa difficile la determinazione e la configurazione pratica, nei singoli casi, dell'atto formale di separazione dalla Chiesa cattolica, sia riguardo al suo aspetto teologico che a quello più strettamente canonico". È chiaro, quindi, come un'interpretazione dell'atto di defezione con forti connotati di aleatorietà vada ad incidere in termini peggiorativi sull'intero alveo giuridico ruotante attorno al fenomeno apostatico, comprimendo eccessivamente, nelle maglie della formalità, una situazione che, *de facto*, corrisponde ad un venir meno degli elementi identificativi e dei valori di cui si fa portatrice la Chiesa cattolica ed il cui libero esercizio non può certamente incontrare, come causa ostativa, un limite di natura prettamente estrinseca. E però, se da un lato la formula del dubbio nuoce all'inflessibilità della vita del diritto, dall'altro, in modo particolare in questo campo, meglio si amalgama con lo scopo precipuo del processo di revisione del *C.I.C.*, vale a dire l'agevolazione dell'esercizio dello *ius connubii*.

Più volte il legislatore ha tentato di perseguire strade di armonizzazione tra i due obiettivi: facilitare l'esercizio del diritto al matrimonio, limitando il più possibile le nullità per motivi formali, e garantire la certezza giuridica. Con il *Codex* del 1983 si è privilegiato il primo scopo, optando per una strategia che rendesse possibile ai fedeli che mai avrebbero osservato la forma canonica (in quanto avevano abbandonato formalmente la Chiesa) quantomeno l'esercizio del diritto fondamentale al matrimonio. D'altra parte, però, occorre fronteggiare anche la problematica della possibilità del fallimento del matrimonio, chiaramente maggiore nei fedeli che abbiano abbandonato la Chiesa in quanto consapevoli in misura minore della serietà degli impegni coniugali e dell'aiuto della Grazia al fine di adempiere i medesimi, nonché quella del moltiplicarsi delle situazioni matrimoniali irregolari in cui versano i fedeli validamente sposati il cui matrimonio abbia poi sortito cattivo esito; il possibile riavvicinamento alla fede di questi soggetti urta sensibilmente con la validità del precedente matrimonio in forza del can. 1117. E, d'altra parte, il proemio dell'"*Omnium in mentem*" sottolinea proprio come la clausola di esenzione contenuta nella norma summenzionata rendesse alquanto difficoltoso il ritorno di quei battezzati che desideravano contrarre un nuovo matrimonio canonico dopo il fallimento del precedente.

Ciò che non deve sfuggire, insomma, è che il *Motu proprio* persegue, da un lato, l'obiettivo di evitare ogni forma di dubbio circa i soggetti obbligati alla forma e, dall'altro, quello di evitare che molti battezzati rimangano prigionieri in un matrimonio valido esteriormente ma fallito nella sostanza. Tutto ciò si sublima nella garanzia, per questi fedeli, della possibilità di

ricostruire una nuova unione; essi, infatti, non osservando la forma canonica, rimangono liberi in previsione di un nuovo matrimonio da celebrare una volta fallito quello invalido. *De facto*, però, tali soggetti subiscono una compressione dello *ius connubii*: chi si è reso protagonista di una defezione dalla Chiesa, infatti, con molta probabilità non contrarrà matrimonio con forma canonica, a meno di forte volontà dell'altra parte di fede cattolica.

È legittimo, allora, chiedersi, alla luce di un bilanciamento di tutti gli interessi in gioco, se la soluzione adottata dal *Motu proprio*, che con l'eliminazione della clausola "*actu formali ab Ecclesia catholica deficere*" sembra aver obbligato alla forma canonica tutti i battezzati nella Chiesa cattolica, fosse "il migliore dei mondi possibili". In un terreno così delicatamente magmatico, un'innovazione senz'altro forte, ma probabilmente non del tutto priva di effetti benefici potrebbe rinvenirsi, come pure è stato notato da qualche attento osservatore, nella rivalutazione della necessità *ad validitatem* della forma canonica[94]; uno spunto di riflessione più volte proposto anche nel corso dei lavori conciliari, soprattutto nelle *animadversiones* inviate dai vescovi nella fase preparatoria del Concilio[95]. Una proposta analoga si ritrova anche nei lavori di revisione del *Codex*, all'interno dei quali soltanto da una ridotta parte degli addetti provenne la proposta "*ut in lege quoque canonica aliqua ratio habeatur de forma a lege civili statuta ad matrimonium contrahendum*", alla quale, però, si oppose la considerazione che "*hodiernae tendentiae saecularizationis indulget*"[96].

Una simile prospettiva, senza dubbio, non costituisce impresa agevole

---

[94] Interessanti gli spunti di Carlos José Errázuriz M., *Contratto e sacramento: il matrimonio, un sacramento che è un contratto. Riflessioni attorno ad alcuni testi di San Tommaso d'Aquino*, in Aa.Vv., *Matrimonio e sacramento*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2004, pp. 43-56.

[95] Cfr. Richard Cushing in *Acta et Documenta Concilio Oecumenico Vaticano II Apparando*, *Series I, Appendix Vol. II, Pars VI,* p. 281; il Cardinale si esprime in questi termini: "*…quaerendum est an nova lex ferri possit qua omnia matrimonia censeantur valida quandocumque cum consensu et externalitate a lege naturalis requisitis celebrentur, ita ut omnes, etiamsi catholici, coram auctoritate publica contrahentes, valida contrahant. Ut omnes Ecclesia catholica baptizati licite contrahant, sub poena Excommunicationis speciali modo reservanda, obligari debeant ut coram parocho et duo bus testi bus nuptias ineant. Obligatio ad formam catholicam non sit amplius ad validitatem sed muniatur poena S. Excommunicationis*"; sulla stessa lunghezza d'onda Walmor Battu Wichrowski, il quale, in *Acta ed Documenta, Series I, Vol. II, Pars VII*, p. 332, afferma che: "*Ad bonum animarum tutandum et ad admirationem acatholicorum vivanda, mihi videtur praescripta C.I.C. circa formam matrimonii reconsideranda esse. Opinor enim Matrimonia contracta contra praescriptum can. 1099 illicita potius quam invalida considerando esse*".

[96] Cfr. Giuseppe Di Mattia, *La forma canonica del matrimonio. Revisione radicale*, Edizioni Paoline, Roma, 1972; Piero Barberi, *La celebrazione del matrimonio cristiano. Il tema negli ultimi decenni della teologia cattolica*, CLV, Roma, 1982, pp. 279-313; Peter Huizing, *Some proposals for the formation of matrimonial law: impediments, consens, form*, II, in *The Heytrop Journal*, 7, 1966, pp. 169-182 e 269-286.

in quanto richiederebbe non poche riflessioni; ad un'attenta analisi, infatti, non sfugge che una soppressione *ex abrupto* della forza invalidante della forma canonica darebbe luogo a più di una difficoltà, una tra tutte la rinuncia della semplificazione probatoria intrinseca all'attuale forma come condizione di validità. Difficoltà che, tuttavia, presenterebbero probabilmente un grado di sopportazione maggiore rispetto all'alea di incertezza che avrebbe continuato a produrre una interpretazione dubbia della clausola di defezione soppressa dall'"*Omnium in mentem*".

In proposito è sufficiente pensare a quella categoria di battezzati che, per mancanza di fede o per indolenza, si ritrovano ad ignorare la forma canonica e contraggono semplice matrimonio civile: l'attuale legislazione, da un lato, ritiene il loro matrimonio *tamquam non esset* e, dall'altro, in una previsione di elevata probabilità di fallimento, considera queste unioni destinate a terminare, con la conseguenza che i coniugi, unitamente ad una ritrovata fede, potranno, in ipotesi, essere liberi di contrarre matrimonio canonico. A seguito di una forma canonica richiesta soltanto *ad liceitatem*, invece, ci si troverebbe in presenza di coniugi che hanno contratto un matrimonio valido, ma "quasi senza accorgersene"[97]. Ma le obiezioni alla soppressione della forza invalidante della forma non si arrestano all'efficacia canonica del matrimonio contratto civilmente: nell'attuale regime, infatti, il giudizio sulla validità del matrimonio contratto dalla suindicata categoria di fedeli che hanno ignorato la forma canonica, viene agevolato proprio dalla sua esistenza, per cui la mancanza di forma rende ultronea ogni altra indagine sulla veridicità del consenso. Nel caso di forma non richiesta *ad validitatem*, al contrario, sarebbe lecito supporre che un eventuale giudizio sull'effettività del consenso, a ragione della già ipotizzata presunta *incapacitas onera coniugalia assumendi ex* can. 1095 §3 che renderebbe il matrimonio incline all'insuccesso, mostrerebbe molte più difficoltà.

Si tratta, comunque, di casi di scuola, terreno di conflitto dove è in gioco la stessa possibilità di consentire l'ammissione ai sacramenti di quei battezzati versanti in situazioni di irregolarità; finalità, questa, di elevata importanza dal punto di vista pastorale e catechetico. Ragionando in questi termini, anzi, quasi paradossalmente, la permanenza di una forma *ad validitatem* costituirebbe un fattore di agevolazione per regolarizzare queste situazioni. Non è mancato, infatti, chi abbia considerato, in queste circostanze, la nullità matrimoniale come un *bonum* "regolarizzante" successivo, che consentirebbe l'accesso alla via sacramentale quasi come una ricompensa per

---

[97] Cfr. Miguel Angel Ortiz, *Sacramento y forma del matrimonio: el matrimonio canonico celebrado en forma no ordinaria*, in *Antonianum*, 71/3, 1996, pp. 575-577.

chi si fosse, in passato, mostrato disubbidiente ad un precetto dell'autorità ecclesiastica[98].

Il punto nodale, tuttavia, risiede proprio in ciò: nella differenza di categorie interessate. Per il fedele ordinario, infatti, questa tipologia di situazioni – matrimoni civili dichiarati inesistenti anche a seguito di prolungate convivenze e facilità di contrarre nuovo matrimonio in Chiesa una volta sciolta la precedente unione – costituisce, sovente, fonte di scandalo. Sicuramente la circostanza per cui si viene riammessi ai sacramenti dopo aver regolarizzato la propria posizione ecclesiale costituisce, in quanto elemento salvifico, un bene per ogni fedele; è altrettanto vero, però, che il diritto al matrimonio non deve godere di minor tutela e se, a causa dell'ostacolo rappresentato dalla forma, si assiste ad una *deminutio* di fedeli che possono esercitarlo, ciò rappresenta senza dubbio un male da evitare. Tra l'altro, come già detto, è stato proprio questo uno dei fattori principali che spinsero il legislatore del 1983 ad introdurre l'esenzione *ex* can. 1117, clausola poi soppressa da Benedetto XVI. Un'opera di *Wiederdenken*, di ripensamento, del concetto di forma canonica invalidante potrebbe, in qualche modo, contribuire ad operare una fondamentale distinzione: quella tra la forma canonica *in re ipsa*, come espressione della comunione ecclesiale, e l'esercizio concreto dello *ius connubii*. Ne conseguirebbe che la forma canonica in senso stretto si rivelerebbe finalizzata unicamente all'instaurazione di una piena e valida comunione ecclesiale mentre l'esercizio del diritto al matrimonio sarebbe vincolato all'espletamento di una qualsiasi forma di celebrazione a carattere pubblico. I fedeli che omettessero l'osservanza della forma rimarrebbero comunque fermi nel vincolo matrimoniale, ma in una situazione irregolare in quanto deficitaria dell'elemento indispensabile della comunione ecclesiale, comprendente la *communio disciplinae*, rimanendo, così, estromessi dall'ambito dei sacramenti.

Una riqualificazione della forma matrimoniale come elemento funzionale alla volontà dei coniugi può, quindi, indurre a riflettere sulla possibilità di rendere effettivo lo *ius connubii* richiedendo unicamente la forma *ad liceitatem celebrationis*, permettendo così ai fedeli ignari della forma di ottenere un riconoscimento della propria volontà coniugale *in facie societatis*, civile ed ecclesiale. Il beneficio che ne trarrebbe la comunità dei fedeli nella sua totalità sarebbe ben superiore rispetto alla possibilità di regolarizzare la propria posizione davanti alla Chiesa in base alla presunzione di aver celebrato un

---

[98] Cfr. MIGUEL ANGEL ORTIZ, *L'obbligatorietà della forma canonica matrimoniale dopo il M.p. "Omnium in mentem"*, in *Ius Ecclesiae*, 2010, p. 477 e ss.

matrimonio destinato al fallimento[99]. Forte potrebbe essere, in questo caso, la tentazione di cadere in una presunzione *pro nullitate* del matrimonio, magari attraverso una oscura, implicita esclusione della realtà sacramentale, nei soggetti che hanno abbandonato la fede o si sono allontanati dalla Chiesa o che hanno scelto la forma civile a discapito di quella canonica; infatti, seppur probabile che, nel caso di abbandono della fede o della Chiesa, il rigetto del matrimonio canonico venga ad esistenza in quanto collegato con il progetto di Dio, tale collegamento va comunque provato nei singoli casi, non essendo possibile articolare la presunzione *pro nullitate* prescindendo dalla reale portata dell'elemento volitivo del coniuge[100].

In senso nettamente contrario si esprimeva Giovanni Paolo II, in una analisi prudente e realista, nella *Familiaris Consortio*, sancendo che "tutti i battezzati, anche quelli contraenti matrimonio senza una piena cognizione del suo significato cristiano, sono sempre potenzialmente idonei ad abbracciare il progetto di Dio. Una simile decisione, che costituisce un vero e proprio diritto per tutti i fedeli, di impegnare nel loro irrevocabile consenso coniugale tutta la loro vita in un amore indissolubile ed in una fedeltà incondizionata, implica realmente, anche se non in modo pienamente consapevole, un atteggiamento di profonda obbedienza alla volontà di Dio, che non può darsi senza la sua grazia"[101].

In buona sostanza, quindi, la scelta di riqualificare la forma matrimoniale non mostra più, unicamente, attinenza alla necessità di conferire certezza e pubblicità alla celebrazione – finalità raggiungibile anche mediante altre vie – bensì mira all'equilibrio di una serie di molteplici istanze in gioco che si fronteggiano in un pericoloso ma affascinante equilibrio giuridico-sociale; un equilibrio che, è evidente, scelte troppo aridamente legate all'aspetto formale non possono certamente contribuire a mantenere. E uno dei valori che potrebbe emergere in maniera amplificata da un'eventuale forma *ad liceitatem* potrebbe essere, come evidenziato, l'aspetto pastorale e catechetico del matrimonio, anche in considerazione del fatto che oscurare il valore invalidante della forma non equivarrebbe certamente a sopprimere quest'ultima nella sua intima essenza; essa continuerebbe a trarre linfa vitale dalla rinnovata finalità di garantire una lecita celebrazione, con la conseguenza che i

---

[99] *Ibidem*.

[100] *Ibidem*.

[101] Cfr. Giovanni Paolo II, *Es. Ap. "Familiaris consortio"*, 68; si veda anche, sempre ad opera del Pontefice polacco, *Discorso alla Rota Romana*, 30 gennaio 2003, nonché Miguel Angel Ortiz, *L'esclusione della dignità sacramentale del matrimonio nel recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale*, in Héctor Franceschi-Miguel Angel Ortiz (a cura di), *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, EDUSC, Roma, 2009, pp. 101-127.

fedeli potrebbero veder riconosciuta la propria unione dinanzi all'autorità ecclesiale[102].

La situazione che si presenterebbe nel panorama giuridico a seguito della riqualificazione della forma sarebbe quella per cui il riconoscimento andrebbe ad aversi nel momento stesso della celebrazione del matrimonio, in quanto, come detto, il dovere di osservare la forma non verrebbe meno; chi, invece, avesse omesso di osservarla, avrebbe l'onere di sottoporsi ad un accertamento dinanzi all'Ordinario o al parroco, in maniera non dissimile dalla procedura attivata nella fase prematrimoniale canonica, ai quali spetterebbe il compito di verificare la presenza o meno, nel già celebrato matrimonio, dei requisiti fondamentali per la sua validità, costituendo l'eventuale iscrizione nel registro matrimoniale il *modus probandi* dell'avvenuto accertamento[103].

Ma non è tutto: un'eventuale trasformazione della forma da requisito *ad validitatem* in requisito *ad liceitatem* parrebbe resistere anche alle obiezioni di quanti paventano una sorta di "canonizzazione della forma civile"[104], soprattutto in considerazione della sopravvivenza della forma canonica come un *must*, in virtù dell'aspetto sacramentale della fattispecie in esame. La stessa intangibilità della forma canonica nella sua obbligatorietà rappresenta il punto di svolta di una simile innovazione: si tratta, infatti, di una sfumatura giuridica che consentirebbe, *in primis*, di contribuire al mantenimento dell'equilibrio tra diversi valori in gioco e, *last but not least*, *in secundis* di resistere alle obiezioni di quanti ravvisano nel ricorso alla forma civile un inevitabile dualismo sfociante in un modello opposto a quello improntato sulla *sacra veritas* del matrimonio. Tutto ciò in virtù sia della considerazione per cui, in contrasto con una *Weltanschaaung* giuridica troppo formalista, l'essenza del matrimonio è data dalla *voluntas* dei coniugi e non dalla forma di ricezione o dal sistema che lo accoglie[105], sia di quella per cui il momen-

---

[102] Cfr. Miguel Angel Ortiz, *L'obbligatorietà della forma canonica matrimoniale dopo il M.p. "Omnium in mentem"*, cit., p. 479.

[103] Cfr. Carlos José Errázuriz M., *Contratto e sacramento: il matrimonio, un sacramento che è un contratto. Riflessioni attorno ad alcuni testi di San Tommaso d'Aquino*, cit.; l'A. precisa anche che soltanto in virtù della procedura di accertamento, annullandosi gli effetti della precedente condotta – qualificabile come peccato grave, oggettivo e pubblico ai sensi del can. 915 – scatterebbe la reviviscenza del diritto del fedele a riaccostarsi al sacramento dell'Eucaristia.

[104] L'espressione è di Miguel Angel Ortiz, *L'obbligatorietà della forma canonica matrimoniale dopo il M.p. "Omnium in mentem"*, cit., p. 490.

[105] Cfr. Gaetano Lo Castro, *L'idea di matrimonio e i rapporti interordinamentali*, in *Tre studi sul matrimonio*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 41-87; Idem, *Il matrimonio nella scienza dei giuristi*, in *Ius Ecclesiae*, 4, 1992, pp. 35-55; Angela Maria Punzi Nicolò, *Due modelli di matrimonio*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 97, 1986, p. 13 e ss; Rafael Navarro Valls, *El modelo matrimonial de la legislación histórica española*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 78, 1992,

to dell'espressione del consenso afferisce non ad una scelta che cada sul modello matrimoniale, ma che ha, invece, ad oggetto la persona dell'altro coniuge[106].

Orbene, l'eliminazione dell'aspetto invalidante della forma canonica, pur nella sua innegabile portata innovativa, non sembrerebbe avere come necessario esito la scissione in due tipologie del matrimonio celebrato dai fedeli: uno di carattere civile contrapposto ad un altro di carattere sacramentale.

Non può, nel contesto del discorso sinora svolto, mancare la consapevolezza delle asperità che potrebbero derivare da un simile cambiamento; soprattutto non può non concordarsi con chi, in risposta alla presunta maggiore soddisfazione della più importante funzione della forma – riconoscimento e protezione del consenso – attraverso il regime attuale, nel quale i fedeli si gioverebbero del più diretto rapporto con la comunità tutta e con l'autorità ecclesiale, ha obiettato che, in un sistema di valenza *ad liceitatem* della forma canonica, non mancherebbe affatto il rapporto fedele-comunità e fedele-autorità ecclesiastica. Anzi, oltre ad essere un obbligo moralmente grave, continuerebbe a rappresentare una ineliminabile esigenza connessa alla comunione cattolica nel celebrare un sacramento ed un valido ausilio in punto di catechesi e pastorale, oltre ad un elemento di garanzia per la validità intrinseca della stessa unione matrimoniale[107].

L'intervento di Benedetto XVI deve far comprendere un fondamentale concetto: pur partendo da determinati e precisi presupposti, quali la certezza del diritto e l'apertura alla regolarizzazione di unioni celebrate invalidamente, una interpretazione dubbia della clausola oggetto di soppressione avrebbe potuto nuocere all'intero sistema giuridico; e però le ripercussioni pratiche della clausola in esame hanno dimostrato un' enorme intuizione conciliare e del legislatore canonico: rendere la volontà coniugale un vero e proprio vincolo. In questi termini di bilanciamento di interessi, quindi, un ripensamento della forma in un'ottica *ad liceitatem* potrebbe, in qualche modo, rappresentare un equilibrio tra certezza del diritto e *ius connubii*, a patto, va ribadito con estrema chiarezza, che l'esercizio di un tale diritto non si trasformi da aspettativa del fedele a veder realizzata la propria vocazione

---

pp. 205-234; IDEM, *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1995; si vedano anche le interessanti considerazioni di GIUSEPPE DALLA TORRE, *Ancora su due modelli di matrimonio*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 5, 1988, p. 33 e ss.

[106] Cfr. JAVIER HERVADA, *Relección sobre la esencia del matrimonio y el consentimiento matrimonial*, in *Vetera et Nova. Cuestiones de derecho canónico y afines*, II, Navarra Grafica Ediciones, Pamplona, 1991, p. 237; JORGE CARRERAS, *Il "Bonum coniugum" oggetto del consenso matrimoniale*, in *Ius Ecclesiae*, 5, 1993, p. 139.

[107] Cfr. CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ M., *Il matrimonio. Un sacramento che è un contratto*, cit., *passim*.

matrimoniale in seno alla Chiesa in un'avulsa e strumentalizzata pretesa da rivendicare finanche in situazioni prive di solide fondamenta. La valorizzazione del percorso pastorale di preparazione al matrimonio trova la sua importanza proprio ai fini di una piena realizzazione dello *ius connubii*[108]; in ciò sta il *trait d'union* tra diritto e pastorale. Risuonano, a tal proposito, le parole di Benedetto XVI, il quale chiariva che nessuno può rivendicare aprioristicamente un diritto a sposarsi: un effettivo *ius ad nuptias* può esistere nella misura in cui il fedele "possa ed intenda celebrare realmente il matrimonio, in modo autentico e nella verità della sua essenza, così come insegna la Chiesa"[109]. Pertanto lo *ius connubii* non verrebbe negato laddove si riscontrasse la mancanza di capacità richiesta o in presenza di una volontà nettamente contrastante con la realtà naturale del matrimonio[110].

Il legislatore canonico, a conti fatti, ha adottato quella che sembra la soluzione più semplice: una cesoia che tronca, o pretende di troncare, le radici del dubbio giuridico e, come incudine, si abbatte sull'enorme coacervo di interessi e valori meritevoli di tutela giuridica, schiacciandoli sotto il peso della certezza del diritto. Ma, si sa, ogni ordinamento giuridico che ripudi la staticità e si muova al ritmo delle pulsioni dei suoi consociati – e non è da meno, in ciò, l'ordinamento canonico – si protrae inesorabilmente verso un'evoluzione ed una trasformazione che punta alla protezione di una sistematica sempre mutevole di valori ed istanze di cui il corpo sociale è, allo stesso tempo, fonte e traguardo; e non può non concordarsi con chi ha notato come, pur volendo riportare ogni sviluppo del diritto canonico al fondamentale precetto dell'amore di Dio e del prossimo, vada comunque rilevato che l'uomo, in quanto *imago Dei*, è chiamato di continuo a dare nuovi contenuti normativi al precetto della carità, e, in questa tensione, l'ordinamento ecclesiale presenta, più di ogni altro, il connotato della dinamicità[111].

Appare ragionevole, quindi, che non possa mancare uno sforzo teso a levigare le disposizioni giuridiche, smussandone le rigidità, al fine di renderle maggiormente confacenti alle esigenze che continuamente la realtà fattuale

---

[108] Cfr. Héctor Franceschi, *Una comprensione realistica dello "ius connubii" e dei suoi limiti*, in *Ius Ecclesiae*, 15, 2003, pp. 335-369.

[109] Cfr. Benedetto XVI, *Allocuzione alla Rota Romana*, 22 gennaio 2011, in *A.A.S.*, 103, 2011, pp. 108-113.

[110] *Ibidem*. Il Pontefice sottolinea la rilevanza dell'esame prematrimoniale, avente una duplice finalità: giuridica, in quanto volto ad accertare l'aspetto coniugale del progetto dei nubendi, e pastorale, in quanto il sacerdote potrebbe guidare il soggetto ad una seria introspezione circa la propria vocazione personale, prevenendo eventuali nullità matrimoniali.

[111] Sul tema cfr. Antonio Guarino, *Le Chiese e gli ordinamenti giuridici*, Pellegrini Editore, Cosenza, 2008, p. 61.

propone. Si tratta, certamente, di un processo carico di difficoltà, che richiede numerose prove ed esperimenti e che impone, altresì, capovolgimenti di fronte e ritirate strategiche da obiettivi precedentemente prefissati.

Tutto ciò non deve, però, condurre ad una cieca preferenza per più consolidate ed arroccate posizioni, schermate dietro la comoda tentazione della certezza del diritto. Un tipico esempio è costituito dalla incapacità psichica al consenso matrimoniale: in questo campo, il legislatore è andato alla ricerca di numerose soluzioni innovative, lasciando in secondo piano le esigenze di certezza del diritto; tutto ciò nonostante il fatto che concetti come quello di *defectus discretionis iudicii* o di *incapacitas onera coniugalia assumendi* abbiano suscitato problematiche non certamente inferiori rispetto a quello di *actus formalis defectionis*[112].

Sembra, orbene, potersi concordare con chi ha creduto di rinvenire, nelle vicissitudini legislative legate alla forma canonica ed ai soggetti ad essa obbligati, una dinamica storico-giuridica altamente improntata ad una simultanea espansione e contrazione[113]. Il *Motu proprio* "*Omnium in mentem*" rappresenta la conclusione della fase di contrazione; ma sarebbe utopistico non attendersi che gli inconvenienti di cui essa è foriera dal punto di vista del riconoscimento di interessi e valori meritevoli di tutela daranno vita, in tempi brevi, ad una nuova fase di espansione, dalla quale è legittimo prevedere un dipanarsi di nuove forme di inquadramento della condizione dei battezzati cattolici. Il battesimo è innegabilmente un *quid* intriso di profondi significati spirituali e teologici, operativo a livello ontologico dell'essere umano nonché specchio concreto della indefettibile natura unitaria della Chiesa di Cristo. Fuori luogo, quindi, risulterebbe ogni tentativo finalizzato alla sua riconduzione verso un semplice rito di iniziazione o di adesione ad una comunità, con una libertà insindacabile da parte del legislatore in merito alle sue concrete vicende.

E però, d'altra parte, anche la profondità spirituale del battesimo è chiamata a calarsi in una concreta realtà umana, inevitabilmente destinata a continue evoluzioni, a cambiamenti di pensiero e di azione, figli del proliferare di nuove istanze e necessità. Quantomai opportuno, in proposito, appare rammentare che "l'efficacia maggiore che possiede l'ordinamento canonico non è insita nel grado di severità delle sanzioni, ma nel mondo di valori che esso proclama e diffonde, in modo particolare il riferimento alla coscienza dell'individuo ed alla responsabilità che egli si assume di fronte a Dio ed alla

---

[112] Cfr. Paolo Moneta, *Battesimo, appartenenza alla Chiesa e soggezione alle leggi ecclesiastiche (dopo il M.P. Omnium in mentem)*, cit., p. 412.

[113] Cfr. Javier Otaduy, *Abandono de la Iglesia católica por acto formal*, cit., p. 624.

comunità. È in gioco la sua vita, la salvezza eterna, il senso della sua vita per sempre"[114].

Impegnarsi, dunque, a comprendere la molteplicità dei nuovi orizzonti, mettendo continuamente alla prova la capacità del diritto di farsi funzionale alle realtà nascenti, rappresenta sfida ardua, onore ed onere al quale il legislatore non può e non deve sottrarsi, se non al prezzo di creare un *vulnus* di continuità tra universo umano e diritto, soffocandone sul nascere la preziosa inclinazione a rinnovarsi, rinascendo dalle proprie ceneri.

[114] L'espressione è di Velasio De Paolis, *Attualità del diritto penale della Chiesa*, in Aa.Vv., *Questioni attuali di diritto penale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2012, p. 29.

Certezza e ragionevolezza della legge Pio X e l'elaborazione del Codex iuris canonici

PATRICK VALDRINI

1. *Premessa*

Il 27 maggio 1917, Benedetto XV promulgò il *Codex iuris canonici*, primo Codice della Chiesa cattolica alla presenza del Sacro Collegio, dei membri della Curia romana e dei vescovi presenti a Roma. Il cardinal Gasparri gli presentò il Codice iniziato 12 anni prima sotto il pontificato del suo predecessore papa Pio X. Benedetto XV ricordò il fatto evocando il passaggio del Vangelo «*Alii laboraverunt et vos in labores eorum introistis*»[1]. In effetti la promulgazione di un Codice sul modello di quelli che conoscevano la maggior parte degli Stati, ad esclusione di quelli di *Common Law*, si dovette alla volontà di Pio X e al suo impegno personale del quale fanno prova i numerosi chirografi, lettere e biglietti redatti dal papa stesso e inviati ai membri della Commissione di redazione[2]. Il XIX secolo fu il secolo dei Codici. Il contri-

[1] ALBERT ORTSCHEID, *Essai concernant la nature de la codification et son influence sur la science juridique d'après le concept du Code de droit canonique (27 mai 1917),* Paris, Recueil Sirey, 1922, p. 5.

[2] Su Pio X e la codificazione del diritto canonico a partire di uno studio dell'archivio e sull'analisi e la critica delle tesi riguardanti il ruolo dei protagonisti della redazione del CIC, vedere il capitolo: *La scelta della codificazione e il contributo di Pio X (1904-1914),* in CARLO FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica. Tomo II. Il Codex Iuris canonici (1917),* Milano, Giuffrè, 2008, 639-689. Gli altri contributi principali da consultare sono: CARLO FANTAPPIÈ, *Pio X e il « Codex Iuris canonici »,* in ARTURO CATTANEO (a cura di) *L'eredità giuridica di San Pio X*, Marcianum Press, Venezia, 2006, pp. 155-171; ID., *Gli inizi della codificazione pio-benedettina alla luce di nuovi documenti*, in *Il diritto ecclesiastico*, 93, 2002, ..xxx p. ID., *Per la storia della codificazione canonica (a cento anni dal suo avvio),* in *Ius Ecclesiae,* 16, 2004, pp. 41-65; PAOLO GROSSI, *La codificazione canonica,* in ARTURO CATTANEO (a cura di) *L'eredità giuridica di San Pio X,* cit., pp. 139-154; ROMEO ASTORRI, *La canonistica di fronte al CIC 17*, *op. ult. cit.*, pp. 173-183; GIORGIO FELICIANI, *Il cardinale Gasparri e la codificazione del diritto canonico,* in *Studi in onore di Gaetano Catalano,* Rubettino, Soveria Mannelli, 1998, pp. 563-587; ID., *La codificazione del diritto canonico e la riforma della cuira romana*, in ELIO GUERRIERO- ANNIBALE ZAMBARBIERI (a cura di), *La Chiesa e la società industriale,* XXII/2, Edizioni Paoline, Cisinello Balsamo, 1990, pp. 293-315; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Pio X e il Codice di diritto canonico*, in *Archivio Giuridico*, 221, 2001, pp. 55-75; CHIARA MINELLI, *Pio X e l'avvio del processo*

buto di Pio X alla storia delle fonti del diritto canonico consiste nell'inserire la Chiesa in questo movimento europeo a seguito di un intenso dibattito sull'idea di dare una forma diversa alla pubblicazione del diritto canonico e di abbandonare il procedimento delle *collectiones* cronologiche o sistematiche utilizzate già prima del Decreto di Graziano e che avevano acquisito un carattere ufficiale con la promulgazione delle Decretali attraverso la bolla *Rex pacificus* di Gregorio IX.

2. *L'impegno personale di Pio X nella scelta della codificazione*

All'epoca del Concilio Vaticano I, poi in modo ancora più esplicito successivamente, l'abbondanza della legislazione aveva causato delle richieste ufficiali da parte di vescovi e studiosi che paragonavano il *ius canonicum* all'*onus multorum camelorum*[3]. Il progetto di ricorrere alla redazione di un Codice di diritto canonico si è imposto ad alcune intelligenze, tra le quali, come mostreremo, quella del futuro Pio X. Così non stupisce che, il 19 marzo 1904, il papa abbia pubblicato il M.P. *Arduum sane munus* con il quale istituiva una Commissione pontificia «*quam penes erit totius negotii moderatio et cura, eaque constabit ex nonnullis S.R.E. Cardinalibus a Pontefice nominatim designandis*» [«cui spetterà la gestione e la cura di tutta l'impresa e che sarà composta di alcuni Cardinali di Santa Romana Chiesa espressamente designati dal Pontefice»][4]. Il *Motu proprio* annunciava che la Commissione, presieduta dal papa o, in sua assenza, dal Decano del Collegio Cardinalizio, sarebbe stata coadiuvata da un gruppo di consultori, cardinali, canonisti e teologi la cui selezione sarebbe stata approvata dal papa e che avrebbero formato in seguito una seconda commissione. Il *Motu proprio* aggiungeva

---

di codificazione, in Stato, *Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*) n. 33/2013; Id., *Pio X e il processo di codificazione delle norme sui parroci. L'esperienza del pastore e le scelte del legislatore*, in Recte sapere. *Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre,* a cura di Geraldina Boni, Erminia Camassa, Paolo Cavana, Pasquale Lillo, Vincenzo Turchi, Torino, Giappichelli, pp. 441-448; Matteo Nacci, *San Pio X e il diritto canonico: la «cultura giuridica» della codificazione del diritto della Chiesa*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 54, 2014, 87-103; Abbè Boudhinon, *De la codification du droit canonique*, in *Le canoniste contemporain*, 27, 1904, pp. 641-650 e 28, 1905, 18-26, 76-83; Id., *La codification et la réforme du droit canonique*, in *Revue du clergé français*, 38, 1905, xxx p. *L'oeuvre canonique de Pie X*, in *Le canoniste contemporain*, 38, 1915, p. ; Ulrich Stutz, *Der Geist des Codex iuris canonici. Eine Einführung in das auf Geheiss Papst Pius X. verfasste und von Papst Benedikt XV. erlassene Gesetzbuch der Katolischen Kirche*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1918, p. 366.

[3] Carlo Fantappiè, *Chiesa romana e modernità giuridica,* cit., pp. 543-547.

[4] M. P. *Arduum sane munus*, in *Acta Sanctae Sedis*, 36, 1903-1904, p. 551.

che la volontà del papa era quella di far partecipare l'insieme dei vescovi a questo «*gravissimum opus*» secondo norme da definirsi[5].

Pio X voleva che fosse redatto e promulgato un codice e la sua azione lo ha dimostrato. Nella prima redazione del *Motu proprio* che si doveva al direttore del *Monitor Ecclesiasticus,* il card. Gennari, e che il papa aveva modificato, già emerge la volontà di Pio X di essere molto presente nello sviluppo dell'opera di redazione del futuro Codice. I suoi costanti interventi sul merito giungevano fino alla proposta di redazione di progetti di canoni che compariranno nella nuova legislazione; la regolare presenza ai lavori, le informazioni fornite dalla famosa «segretariola» composta di fedeli collaboratori del papa, sono segni della volontà di vedere il suo progetto realizzato[6]. Desiderava che l'opera fosse compiuta senza ritardo, come ha espresso con ironia in una nota al Card. Merry del Val: "Da raccomandarsi che il lavoro cominci subito senza aspettare un tempo più opportuno perché *dum Romae consulitur, Saguntum expugnatur* (Mentre a Roma si dibatte, Sagunto viene espugnata) e non conviene, essendo a Roma, di andare per le calende greche»[7].

L'impegno personale del papa si spiega soprattutto grazie al fatto che il progetto di fare un Codice si presentò molto presto a papa Sarto e fu espresso in alcuni interventi pubblici che fondano la tesi sostenuta dall'autonomia della decisione presa[8]. Gasparri, come egli stesso ha affermato, o il card. Gennari, come risulta dalla sua vicinanza al pontefice, hanno contribuito alla realizzazione di questo progetto esercitando un'influenza fin dai primi momenti della manifestazione esterna dell'intenzione di Pio X, ma, come ha affermato il card. Merry del Val, il papa avrebbe espresso il suo desiderio già «due o tre giorni dopo la sua elezione»[9]. In modo inequivoco, lo testimonia un'allocuzione papale nella quale l'autore dichiara che, nei primi giorni della sua elezione al supremo Pontificato, tra tutti i pensieri che abitavano la sua mente in quelle notti difficili, uno riguardava lo stato della legislazione della Chiesa e la necessità di uscire dalla situazione d'incertezza nella quale doveva essere resa la giustizia. E, afferma, tali carenze hanno portato alla decisione di realizzare un'armonizzazione delle leggi e di garantire che esse

[5] *Ibid.*, p. 551.

[6] Giampaolo Romanato, *Pio X. Alle origini del cattolicesimo contemporaneo*, Lindau, Torino, 2014, pp. 455-456; Carlo Fantappiè, *Pio X e il «Codex Iuris canonici»,* cit., pp. 162-163.

[7] Carlo Fantappiè, *Chiesa romana e modernità giuridica,* cit., p. 674

[8] Carlo Fantappiè, *Chiesa romana e modernità giuridica,* cit., pp. 643-646.

[9] *Ibid.,* p. 645.

non potessero essere trasgredite perché sconosciute[10]. Di lì nacque l'idea di una codificazione generale, che il papa sottopose a persone competenti per giudicarne la fattibilità e l'opportunità.

3. *La codificazione per garantire la certezza del diritto canonico*

Sottolineare il carattere personale e, come abbiamo ricordato, autonomo della decisione di Pio X porta a valorizzare il legame tra essa e l'esperienza del papa e, in questo caso, l'importanza che Pio X darà al rapporto tra il diritto canonico e la vita pastorale. Fantappiè cita il resoconto in spagnolo che, all'indomani della promulgazione del *Codex*, padre Noval pubblicò delle parole pronunciate da papa Sarto nel corso della prima assemblea dei consultori che si è tenuta il 17 aprile 1904: mentre era parroco, fu chiamato come prelato per esercitare la carica di cancelliere della Curia. Tenuto a istruire processi e a proporre al suo vescovo delle formule pratiche di soluzione, si trovava in imbarazzo a rintracciare una norma applicabile al caso e a citare un testo scritto sul quale fondare la soluzione stessa. Raccontava che se voleva ricorrere a una fonte doveva consultare le Decretali, le Clementine, le *Extravagantes*, etc., ma non disponeva del tempo necessario. Quando ricorreva ai manuali o ai trattati restava perplesso poiché si trovava di fronte a tesi diverse o addirittura a un vuoto. Una situazione che ritrovò in seguito come vescovo e come Patriarca di Venezia[11].

Così si spiega che egli abbia preso una posizione personale forte e autorevole nel dibattito che aveva aperto, in seno alla Congregazione per gli affari ecclesiastici straordinari, sull'opportunità di redigere un Codice. In un promemoria inviato al card. Merry del Val, dopo aver appreso che la discussione poteva pervenire alla scelta di un'estensione della compilazione in vigore attraverso la promulgazione di un settimo libro sul modello delle collezioni esistenti, intervenne direttamente per far conoscere la sua opinione e orientare in modo decisivo la discussione. Per lui, continuare la pratica delle raccolte di testi in una collezione autentica avrebbe creato confusione, perché sarebbe stato necessario includere le disposizioni pontificie, escludendo le regole della Cancelleria apostolica e i decreti o le decisioni dei diversi dicasteri della Curia romana. Il suo intervento nel dibattito dimostra che, per lui, il procedimento della compilazione aveva fatto il suo tempo e non

---

[10] *Ibid.,* p. 671-672.

[11] Carlo Fantappiè, *Chiesa romana e modernità giuridica,* cit., p. 671.

poteva più rispondere ai bisogni dell'epoca nella quale viveva la Chiesa[12].

La preoccupazione pastorale del papa si fondava in effetti su una concezione moderna della certezza giuridica. La dispersione delle leggi, il loro numero, il diverso valore da attribuire alle collezioni e alle raccolte di pubblicazioni di bolle papali e di decisioni amministrative e giurisprudenziali, così come lo spazio eccessivo dei commentari dottrinali, spiegano perché egli abbia alla fine imposto il procedimento di codificazione, ovvero l'utilizzazione di uno strumento che assicurasse, da un lato, una semplificazione dell'accesso alle fonti per chi esercita il potere di governo, dall'altro, la conoscenza del diritto, che deve essere garantita a tutti. Pio X ha espresso tali motivazioni nel promemoria che indirizza a Gasparri l'11 marzo 1904, nel quale spiega la sua scelta che ritrova «il suo fattore causale e la sua giustificazione ultima nella valutazione del Codice come la forma in quel momento più idonea per assicurare con la chiarezza e coerenza degli enunciati, la certezza del diritto nelle diverse espressioni dell'attività potestativa e magisteriale della Chiesa»[13]. Al momento della promulgazione del *Codex*, la prefazione del card. Gasparri riprese l'argomento della chiarezza d'esposizione delle leggi e della necessità di garantire a tutti la conoscenza del diritto in vigore per ragioni di certezza giuridica, poiché, afferma, delle leggi «*vero vagabantur extra volumina … quae tamquam incertae frequenter in iudiciis vacillabunt*» («invero si trovavano sparse fuori dalle raccolte e spesso si ritroveranno a barcollare incerte nei giudizi»). Per rimediare a questa situazione, Pio X, sostiene Gasparri, ha voluto presentarle in ordine unitario[14].

È veramente importante sottolineare l'attaccamento di papa Sarto al tema della certezza giuridica, che diverrà, nelle società moderne laiche, l'elemento di riferimento delle categorie politiche e giuridiche dello Stato di diritto e della democrazia e, in questi ultimi anni, anche un mezzo per giudicare la democratizzazione delle società e il rispetto dei diritti dei cittadini[15]. Si ritrovano nelle affermazioni di Pio X i due elementi principali che formano l'oggetto essenziale dell'attuale dibattito sulla certezza del diritto, la qualità della norma e il suo carattere prevedibile, ovvero la sua forma e il suo contenuto. All'epoca di Pio X, questa insistenza si può comprendere

---

[12] Carlo Fantappiè, *Pio X e il «Codex Iuris canonici»,* cit., p. 159.

[13] Chiara Minelli, *Pio X e l'avvio del processo di codificazione,* cit., p. 11, nota 34.

[14] Pietro Gasparri, *Praefatio*, in *Codex iuris canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus. Prefatione Emi Petri Card. Gasparri et analytico-alphabetico auctus*, Typis Polyglottis Vaticanis, in *Civitate Vaticana* 1934, p. XXXI

[15] Patrick Valdrini, *La certezza del diritto nel diritto canonico*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 129, 2014, pp. 155-175.

quale conseguenza della sua concezione della Chiesa come *societas juridice perfecta*, che costituisce la cornice giuridica all'interno della quale la Chiesa realizza la propria missione nella storia. Società tra le società, la Chiesa è giuridicamente perfetta perché deve godere di autonomia per la propria azione e deve esprimere nel suo diritto, in modo certo e che possa essere conosciuto da tutti, all'interno e all'esterno della Chiesa stessa, come essa è costituita e quali doveri e diritti sono attribuiti alle persone[16]. Nella sua proposta riguardante il contenuto generale del *Codex*, il papa non escludeva, come faranno la Commissione dei consultori e la *consulta* parziale[17], una parte di *ius publicum externum* che affermasse la *libertas Ecclesiae*. La codificazione doveva essere un mezzo per affermare in modo certo questa categoria di fronte agli Stati, che ne negavano la necessità e, senza alcun dubbio, il *ius publicum internum* corrispondeva al diritto pubblico degli Stati che già si sviluppava come garanzia del rispetto delle istituzioni e delle persone[18].

4. *Una codificazione che garantisce la certezza senza rigettare lo* ius vetus

Per realizzare questo scopo, il Codice era il mezzo più efficace. Il *Code civil* di Napoleone costituiva un modello formale. Prima di esso, la codificazione aveva affascinato i rivoluzionari[19], che volevano trasformare la situazione di una Francia che si attraversava, secondo l'espressione prestata a Voltaire, cambiando tante leggi quante volte si cambiava cavallo. Rappresentava un modello di riferimento per il suo carattere pratico e offriva la possibilità di presentare la legislazione in una forma che si limitava a disposizioni normative, brevi e precise, contenenti l'essenziale della legge senza citarne le fonti. Utilizzarlo per la legislazione ecclesiastica cambiava il metodo del vecchio *Corpus iuris canonici*. Era un mezzo di adattarsi ai tempi moderni, come prova il passaggio del promemoria che abbiamo sopra menzionato, ove il papa descrive la sua intenzione di provvedere «all'assoluto bisogno del *presente* [notare l'utilizzazione di questo termine] che reclama norme precise nella disciplina ecclesiastica, nell'insegnamento del diritto, nell'amministrazione

---

[16] Roland Minnerath, *Le droit à la liberté religieuse. Du Syllabus à Vatican II,* Beauschesne, Paris, 1982, pp. 61-66.

[17] Carlo Fantappiè, *Chiesa romana e modernità giuridica*, cit., p. 680.

[18] Giuseppe Dalla Torre, *Il codice pio-benedettino*, cit., p. 236-238.

[19] Paolo Grossi, *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicista del legislatore canonico)»,* cit., pp. 146-152.

della diocesi e nell'esercizio della giustizia nelle cause canoniche»[20] o ciò che dichiarava nel M.P *Arduum sane munus*, ovvero che molti «*magnopere flagitarunt ut universae Ecclesiae leges, ad haec usque tempora editae, lucido ordine digestae, in unum colligerentur, amotis inde quae abrogatae essent aut obsoletae, aliis, ubi opus fuerit, ad nostrorum temporum conditionem proprius aptatis* » [« hanno fortemente e con insistenza richiesto che le leggi universali della Chiesa fino ad oggi pubblicate, siano precisamente ordinate e riunite in un'unica raccolta, eliminando quelle abrogate o obsolete e adattando in modo consono le altre, ove ve ne sia bisogno, alla situazione attuale»][21].

La Commissione redasse un codice composto di articoli brevi, rimettendo alle note e alle *fontes*i rinvii richiesti dai consultori. Lo schema delle *institutiones*, che si rifaceva alla tripartizione di Gaio in *personae, res, actiones* che aveva spirato dei tentativi privati di codificazione, è, nel tempo, apparso lo strumento più adatto per garantire la realizzazione della necessità di certezza del diritto. Lo stesso intento di Pio X di far precedere la trattazione delle persone da una trattazione dei sacramenti, idea d'impianto moderno che non contraddiceva la concezione ecclesiologica della società giuridicamente perfetta ed esprimeva una volontà di valorizzazione nel diritto della finalità spirituale della Chiesa, fu accantonato[22]. La necessità di dare alla Chiesa un Codice dal contenuto puramente giuridico, concentrato da un punto di vista epistemologico su elementi canonici distinti dalla teologia e soprattutto dalla morale ha giocato in favore di un diritto richiamo alla struttura dei codici europei, al fine di applicare i principi espressamente proclamati di precisione e certezza.

Non si può evitare di chiedersi se Pio X conoscesse le conseguenze che il *Code civil* di Napoleone aveva avuto sulle teorie e le concezioni filosofiche del diritto e sulla nascita di scuole tra loro opposte. È opportuno sottolineare che Pio X si è servito del modello dei Codici anzitutto come strumento di presentazione della legislazione ecclesiastica. Questa opinione trova fondamento nel fatto che non esso non ha mutato il rispetto da sempre mostrata dalla Chiesa per il diritto antico. Il *Codex* rappresenta una cesura nella storia delle fonti del diritto canonico in virtù del metodo, fino ad allora inusitato. Come avevano fatto alcuni papi precedenti, abroga tutte le leggi universali e particolari che contrastano con le prescrizioni del Codice. Però dichiara che i canoni che si riferiscono integralmente al *ius vetus* devono essere valu-

---

[20] Citato da Carlo Fantappiè, *Pio X e il «Codex Iuris canonici»,* p. 160.

[21] M. P. *Arduum sane munus,* cit, p. 551. Si veda inoltre Giampaolo Romanato, *Pio X. Alle origini del cattolicesimo contemporaneo*, cit., pp. 452-453.

[22] Chiara Minelli, *Pio X e l'avvio del processo di codificazione,* cit., pp. 25-34.

tati - *aestimandi sunt* - in funzione dell'autorità del diritto antico e per come esso è stato recepito dagli interpreti autorizza[23]. Questo mantenimento, che costituisce una prescrizione, rappresenta una presa di posizione nei confronti delle scuole nate dopo la pubblicazione ufficiale del *Code civil* di Napoleone. Alla fine del XIX secolo, sotto l'impulso di Savigny, la scuola storica tedesca cercava di sminuire l'importanza e il carattere necessario attribuito ai codici, mettendo l'accento sui legami che uniscono le leggi di un popolo alla sua storia e alla sua lingua, non potendo il diritto essere identificato con la legge statale rappresentata dalla codificazione[24].

La volontà mostrata e l'atteggiamento deciso con il quale Pio X ha risolto il dibattito tra i partigiani della redazione di un codice e i sostenitori del mantenimento di un sistema compilatorio costituiscono una forte indicazione per comprendere l'opinione di questo papa di fronte ai sostenitori delle diverse scuole. Quindi, il mantenimento del *ius vetus* come strumento d'interpretazione rappresenta anche un'indicazione di ciò che poteva pensare Pio X dell'École *des interprètes du code* o scuola dell'esegesi, che in Francia, riprendendo le idee razionaliste dei codificatori rivoluzionari – il cui progetto era fallito – aveva ridotto l'opera del giurista a un lavoro tutto interno al testo codificato, che escludeva ogni altro riferimento, per una sfiducia verso i giuristi, che si supponeva volessero imporre il diritto antico. L'École *des interprètes du droit* è stata edificata su questa concezione che fa del codice l'espressione di un sistema giuridico autonomo e chiuso in se stesso, trascurando ogni riferimento ulteriore rispetto al testo codificato e rendendo inesistente il diritto precedente. Pio X non doveva ignorare le campagne della rivista *Le canoniste contemporain*, della Facoltà di diritto canonico di Parigi, che, basandosi sulle dichiarazioni dei predecessori, combatteva la concezione filosofica razionalista del diritto[25].

5. *La codificazione e la ragionevolezza della legge*

Agendo e pensando in questo modo, Pio X appare in armonia con la mentalità dei redattori del *Code civil* di Napoleone, che avevano una conce-

---

[23] Can. 6. Paolo Grossi, *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicista del legislatore canonico)»*, in J*us. Rivista di scienze giuridiche*, LII, 2005, cit., pp. 146-152; Helmut Pree, Traditio canonica. *La norma de interpretación del c. 6 § 2 del CIC*, in *Ius canonicum*, 25, 1995, 70, pp. 423-446.

[24] Albert Ortscheid, *Essai concernant la nature de la codification et son influence sur la science juridique d'après le concept du Code de droit canonique (27 mai 1917),* cit., p. 26.

[25] *Ibid.*, p. 34.

zione storica del diritto. La loro idea era di conservare e consolidare una tradizione che faceva della pubblicazione di un codice un'operazione formale piuttosto che l'introduzione di una legislazione razionale e programmatica. Il diritto anteriore era abrogato e non poteva costituire una fonte a carattere imperativo, ma restava fonte interpretativa. Portalis, al quale alcuni autori hanno paragonato Gasparri confrontando la prefazione al *Codex iuris canonici* con il *Discours préliminaire du premier projet de Code civil en 1801*, aveva una concezione tradizionale della legge, che avrebbe potuto innervare i dibattiti tra i canonisti che si rifacevano alla definizione di San Tommaso, ovvero della legge come *ordinatio rationis,* e quelli che si fondavano sulla concezione volontarista di Suarez. «Le leggi non sono dei puri atti di potere, dichiara Portalis. Sono degli atti di saggezza, di giustizia e di ragione. Il legislatore esercita più un sacerdozio che un'autorità. Non deve perdere di vista il fatto che le leggi sono fatte per gli uomini e non gli uomini per le leggi, che devono essere adattate al carattere, alle abitudini, alla situazione del popolo per il quale sono fatte»[26]. Sarà impossibile ricavare dal CIC del 1917 una concezione espressa della scelta fatta dal legislatore in questo dibattito, che ha condotto tutti i canonisti a prendere una posizione, nel momento in cui la filosofia francescana di Bonaventura e di Scoto ha introdotto il volontarismo nell'opera dei titolari del potere di governo. Al contrario, la scelta che verrà compiuta, ovvero quella di descrivere la legge unicamente a partire dalla sua promulgazione facendo sparire la menzione dell'efficacia della sua ricezione, fornirà piuttosto degli argomenti a coloro che pensano che il Codice del 1917 abbia rappresentato un cambiamento[27]. Inoltre, un *Motu proprio* pubblicato dalla Congregazione per i seminari può essere letto come invito ad attenersi a commenti esegetici e a rendere la storia delle istituzioni un elemento di erudizione[28].

Pertanto, vi sono indizi che dimostrano che la concezione di Pio X è ancorata nella tradizione della legge concepita come un atto di ragionevolezza piuttosto che come un atto di governo. Il papa si è certamente discostato dalla teoria positivista e legalista del diritto posto attraverso un atto di volontà, sia esso di un principe, del popolo o infine di un papa, contrario al necessario rispetto dovuto al diritto naturale. Così può essere ricordato il metodo di Pio X. Se gli autori hanno raccontato che egli era molto presente e intraprendente al momento della redazione del Codice, facendo valere la

---

[26] XXXX Portalis.

[27] PATRICK VALDRINI, *La ricezione della legge nel diritto canonico. Pertinenza e significato*, in *Diritto e religioni,* 9, 1-2010, pp. 141-159.

[28] M. P. *De novo iuris canonici in scholis proponendo*, in *AAS*, 9, 1917, p. 439.

propria personale posizione, vi sono numerose testimonianze che provano che è entrato nel gioco delle discussioni, accettando, come abbiamo visto, che le sue proposte non fossero accolte; a ciò si aggiunga che ha voluto che fosse consultato l'episcopato, come aveva annunciato nel *Motu proprio*, che ha deciso di pubblicare *ad experimentum* dei decreti ancora in preparazione per conoscere la reazione dei destinatari[29]e che ha consultato le università cattoliche, come spiega la lettera che a esse farà pervenire Gasparri. Merry del Val ha voluto ricordare che Pio X «non imponeva mai la sua opinione in materie discutibili e che non implicavano il sacrificio di qualche principio essenziale»[30]

Grazie a questo metodo, la redazione del *Codex* è un'opera che, vista l'ampiezza delle materie e delle consultazioni, è stata portata a termine in un tempo relativamente breve. La sorte ha voluto che fosse il successore di Pio X a promulgarlo. Tuttavia, i canonisti non hanno dimenticato il contributo di questo papa al primo codice, che chiamano *pio-benedettino*. Contrariamente ai legittimi e autorevoli orientamenti dottrinari che criticano il ricorso della Chiesa alla codificazione, noi riteniamo che la scelta di redigere il primo *Codex iuris canonici,* scelta che, come abbiamo mostrato, è dovuta all'impegno di Pio X, ha offerto alla Chiesa un moderno strumento di pubblicazione della sua legislazione[31]. Commentari rigidamente esegetici e un'applicazione che l'ha reso rigido lo hanno trasformato, nel corso del ventesimo secolo, in una sorta di torre d'avorio, ma i suoi canoni sull'interpretazione e sulle lacune del diritto, il ruolo attribuito alla giurisprudenza, il fatto di non aver rinnegato la sua essenziale flessibilità, grazie, in particolare, all'istituto della dispensa, di aver conservato, almeno formalmente, il ruolo della consuetudine, infine di aver consentito di sottoporre il testo alle critiche e agli studi della dottrina hanno permesso al legislatore successivo al Concilio Vaticano II di non ritornare sulla scelta di Pio X. Meglio ancora, lo strumento si è adattato ai nuovi trattati di ecclesiologia, di sacramentaria e di dogmatica senza rinunciare al suo carattere giuridico e alla necessità di garantire la certezza giuridica che sono, per i canonisti, due condizioni perché possano dialogare con i giuristi civili.

---

[29] Giampaolo Romanato, *Pio X. Alle origini del cattolicesimo contemporaneo*, cit., pp. 453; Carlo Fantappiè, *Pio X e il «Codex Iuris canonici»,* cit., p. 163.

[30] Carlo Fantappiè, *Pio X e il «Codex Iuris canonici»,* cit., p. 164.

[31] Per un'opinione diversa, Paolo Grossi, *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistcia del legislatore canonico),* cit., p. 151.

Religioni ed ambiente: il contributo delle confessioni religiose alla costruzione di una "democrazia ambientale"

Fabio Balsamo

1. La centralità della questione ambientale nelle riflessioni delle confessioni religiose

Le più recenti riflessioni teologiche sviluppate in seno alle diverse confessioni religiose mostrano una crescente sensibilità verso i temi ambientali, patrimonio di quel mondo ecologista[1] che, fino ad un passato non troppo remoto, imputava proprio alla tradizione religiosa giudaico-cristiana una responsabilità diretta in ordine all'attuale "crisi ecologica"[2]. Tale crisi, secondo alcune ricostruzioni[3], sarebbe scaturita dal riconoscimento, in capo all'uomo, di un indiscusso primato sul creato, derivante, almeno nella visio-

---

[1] Cfr. Lorenzo Prezzi, *Chiesa, ambiente e povertà,* in *Atti del 33° Convegno nazionale delle Caritas diocesane*, *22-25 maggio 2009*, dal titolo *Non conformatevi a questo mondo. Per un discernimento comunitario*, III Assemblea tematica: *Chiese, ambiente e povertà*, p. 7, in cui l'A. parla di un «avvicinamento» tra confessioni religiose e mondo ecologista. Il contributo è consultabile al seguente indirizzo internet *www.caritasitaliana.it*.

[2] Il termine "ecologia" fu coniato dal biologo tedesco Ernst Heinreich Haeckel nella sua opera *Morfologia generale degli organismi*, Berlino, 1866. La consapevolezza dell'imminente crisi ecologica matura intorno al 1960 ed è attestata, in particolare, dal saggio di Rachel Carson, *Silent Spring* del 1962 (pubblicato in Italia con il titolo *Primavera Silenziosa*, trad. it. di Carlo Alberto Gastecchi, Feltrinelli, Milano, 1999), nonché dal contributo di Paul Ehrlich dall'allarmante titolo *The Population bomb* del 1968. Il primo vertice ONU sul tema si è tenuto a Stoccolma dal 5 al 16 giugno 1972 con la conferenza su "L'ambiente umano". Sul tema cfr. Edouard Bonè, *La conferenza di Stoccolma sull'ambiente: un primo bilancio*, in *La Civiltà Cattolica*, CXIII (1972), Vol. III, pp. 110-127.

[3] Si rinvia all'indagine dello storico protestante della Scuola Sociologica di Chicago Lynn White Junior, *Le radici storiche della nostra crisi*, in *Il Mulino*, 22, 1973, pp. 251-263. Dello stesso Autore si segnala l'opera originale *The Historical Roots of Our Ecological Chrisis*, in *Science,* AASS, Whashington D.C., 1967, p. 1204 ss. Infine cfr. Udo Krolzik, *Umweltkrise – Folge des Christentums,* Kreuz Verlag, Stoccarda, 1979.
Si oppone a questa ricostruzione Jürgen Moltmann, *Dio nella creazione. Dottrina ecologica della creazione*, Queriniana, III ed., Brescia, 2007. Secondo l'A. non è possibile individuare nella concezione antropocentrica del mondo la causa della crisi ecologica contemporanea, dal momento che tale concezione risalirebbe a tremila anni orsono.

ne cristiana, dalla stessa struttura fondamentalmente antropocentrica di una fede incentrata sul dogma di un «Dio che si fa uomo».

Secondo queste letture, sembrerebbe dunque non rinvenirsi alcuno «spazio di salvezza» per le altre creature[4] e per la natura stessa[5], che anzi, perdendo quella sua autosufficienza ontologica che ne garantiva una sostanziale intangibilità nelle religioni pagane[6], veniva degradata a realtà desacralizzata, passibile di un indiscriminato sfruttamento delle sue risorse a tutto vantaggio degli appetiti e dei desideri dell'uomo[7].

Che l'asserita incompatibilità tra un'etica religiosa ed un'etica ecologica fosse solo il frutto di un fraintendimento, oltre ad essere confermato dalla presenza di passi biblici inequivocabilmente diretti ad assegnare all'uomo un ruolo di semplice custode e non di dominatore del creato[8], si poteva pacificamente ricavare da un'analisi di numerosi precetti dell'Islam[9], e soprattutto delle religioni orientali, sicuramente più chiare nell'assegnare all'uomo

---

[4] Che ciò costituisca un approccio di un passato ormai superato trova conferma nella circostanza che il 3 dicembre 2014 una delegazione della Lega Antivivisezione, alla presenza di sei cani del canile Parrelli di Roma, ha partecipato all'Udienza generale del mercoledì in Vaticano. Gli animali sono stati poi benedetti da Sua Santità. Per ulteriori informazioni si consulti il *link http://www.lav.it/news/benedizione-papa-francesco*, nonché *http://www.quotidiano.net/animali/animali-lav-papa-1.458639*. Al riguardo, il 27 novembre 2014 il Santo Padre Francesco aveva affermato che anche per gli animali fosse pronto un posto in Paradiso. Cfr. Raffaella Troili, *I cani senza un padrone all'udienza del Papa,* in *Il Messaggero,* 27 novembre 2014. Per approfondimenti sul rapporto tra Dio, l'uomo e gli altri esseri viventi si rinvia inoltre a Michel Damien, *Gli animali, l'uomo e Dio*, Piemme, Casale Monferrato, 1987, in particolare p. 130.

[5] Descrive in questi termini il fraintendimento tra cristianesimo e mondo ecologista Simone Morandini, *Teologia ed ecologia,* Morcelliana, Brescia, 2005, p. 17.

[6] Per un recupero di una dimensione sacra della natura cfr. Salvatore Natoli, *I nuovi pagani. Neopaganesimo: una nuova etica per forzare le inerzie del tempo*, Saggiatore, Milano 1995, nonché il rappresentante di spicco della *deep-ecology* Arne Naess, *Ecosofia. Ecologia, società e stili di vita*, RED, Como, 1994. Per un'ampia indagine sul tema si rinvia a Mariachiara Tallacchini, *Etiche della terra. Antologia di filosofia dell'ambiente*, Vita e Pensiero, Milano, 1998.

[7] In particolare, i passi biblici suscettibili di essere interpretati in modo non conforme ad una gestione sostenibile del creato sembrano essere i seguenti, entrambi tratti dal libro della Genesi: «Siate fecondi e moltiplicatevi, riempite la terra e soggiogatela, dominate sui pesci e sui volatili» (Gn 1,28), «Siate fecondi, moltiplicatevi, riempite la Terra. Siate il timore e lo spavento di tutti gli animali della Terra, e di tutti gli uccelli del cielo, come tutto ciò di cui la Terra brulica e di tutti i pesci del mare: essi sono consegnati nelle vostre mani…. Pullulate sulla Terra e dominatela» (Gen. 9, 1-7).

[8] Si può indicare a titolo esemplificativo il seguente passo: «E Dio prese Adamo e lo collocò nel giardino dell'Eden, per lavorarlo e custodirlo» (Gen. 2, 15). Su questo e su altri passi si sono innestati i più recenti contributi di una rinnovata teologia della creazione, cfr. Simone Morandini, *Teologia ed ecologia*, Morcelliana, Brescia, 2005; Rinaldo Paganelli*, Custodi del creato*, EDB, Bologna, 2005; Joseph Ratzinger, *In principio Dio creò il cielo e la terra*, Lindau, Torino, 2006.

[9] Cfr. Maria d'Arienzo, *I fondamenti religiosi dell'economia nell'Islam*, in Aa.Vv., *I mercanti nel tempio. Economia, diritto, religione,* a cura di Antonio Fuccillo , Giappichelli, Torino, 2011, p. 24.

un posto sulla Terra in armonia con le forze della natura[10], che assurgono ad espressione stessa del divino[11].

Tuttavia, ogni dubbio al riguardo si è dileguato con l'aggravarsi delle condizioni di salute del pianeta, rispetto alle quali le confessioni religiose, comprese quelle del ceppo giudaico-cristiano, hanno reagito, anche al fine di allontanare l'uomo dalla sua autodistruzione[12], avviando un percorso diretto alla riconciliazione con la natura, attraverso una maggiore attenzione verso quelle norme di diritto religioso specificamente dettate a tutela dell'ambiente[13].

L'interesse verso la custodia del creato ha quindi assunto ben presto una posizione apicale all'interno degli insegnamenti delle diverse confessioni religiose. L'incalzante centralità della questione ambientale nelle più recenti riflessioni teologiche[14] è derivata dalla circostanza che la crisi ecologica che ha investito il mondo globalizzato[15] è stata letta come una

---

[10] Cfr. Mariasusai Dhavamony, *Essere umano e natura nell'induismo e nel buddismo,* in Aa.Vv., *Ecologia umana e valori etico religiosi*, a cura di Pedro Beltrão, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1985.

[11] È per questo motivo che le religioni orientali hanno da sempre ottenuto l'apprezzamento dei movimenti ambientalisti. Cfr. Gian Luigi Brena, *Ecologia: interpretare teleologicamente un tempo di minaccia,* in Aa.Vv., *Per custodire il creato. Riferimenti etici, teologici e pastorali,* a cura dell'Ufficio Nazionale per i problemi sociali e il lavoro. Servizio nazionale per il Progetto culturale, Quaderni della Segreteria CEI, Notiziario n.7/2013, p. 19*;* nonché Caterina Conio, *L'induismo e l'ambiente*, in Aa.Vv., *Religioni, etica, ambiente*, a cura di Luciano Valle, Nardini, Milano, 1997.

[12] La questione ambientale è stata definita una «questione vitale per la vita dell'uomo» da Giovanni Paolo II, *Pace con Dio creatore. Pace con tutto il creato, Messaggio per la Giornata mondiale della pace 1990.* Al riguardo, particolarmente preoccupante è il fenomeno degli "eco-profughi", ossia di chi fugge perché non può più abitare la terra natia diventata inospitale a causa dei cambiamenti climatici. Il fenomeno è inquietante. Secondo stime prudenziali nel 2050 ci saranno più di 250.000 eco-profughi. Cfr. Gianluca Schinaia, *Eco-profughi: il dramma dei popoli in fuga*, in *Avvenire,* 10 aprile 2014.

[13] Sul tema si rinvia all'autorevole lavoro di Karl Golser, *Religioni ed ecologia. La responsabilità verso il creato nelle grandi religioni,* EDB, Bologna, 1995. Per una rassegna delle norme di diritto confessionale destinate a tutelare l'ambiente nelle tre religioni monoteiste cfr. Maria Rosaria Piccinni, *La tutela dell'ambiente nel diritto delle religioni,* Aracne, Roma, 2013. Sul rapporto uomo-natura nelle religioni orientali si consulti Francesco Sorvillo, *Eco-fede. Uomo, natura, culture religiose*, in Aa.Vv., *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, a cura di Antonio Fuccillo, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 107-113.

[14] A fronte di una bibliografia ormai sterminata, di cui si darà ampi cenni *sub* par. 3, si rinvia, su tutti, all'opera di Denis Edwards dall'emblematico titolo, *L'ecologia al centro della fede. Il cambiamento del cuore che conduce a un nuovo modo di vivere sulla terra*, EMP, Padova, 2008, ed alla *lectio magistralis* di Jürgen Moltmann, *Il futuro ecologico della teologia moderna,* in *Il Regno – Documenti,* 21/2012, pp. 692-698. Per lo stesso Autore l'emergenza ecologica diviene il momento decisivo che chiama i cristiani ad un ripensamento del proprio agire ed operare e della propria fede.

[15] La dottrina ecclesiasticistica più recente ha evidenziato il ruolo delle confessioni religiose nel mondo globalizzato. Al riguardo si rinvia a Gaetano Dammacco, *Diritti umani e fattore religioso nel sistema multiculturale euromediterraneo*, Cacucci, Bari, 2000; Pasquale Lillo, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, Giappichelli, Torino, 2002; Pierluigi Consorti, *Religioni e democrazia*

crisi dell'uomo[16], determinata da quella «cultura dello scarto»[17], espressione dell'economia capitalistica, che riverbera i suoi effetti anche sul genere umano in termini di distruzione degli ecosistemi, di cambiamenti climatici[18], di perdita di biodiversità[19], ma soprattutto di ingiustizie sociali, diseguaglianze tra Nord e Sud del mondo, guerre e povertà[20], in cui una minoranza illusoriamente gode dei vantaggi di questi squilibri ignorando, più o meno inconsapevolmente, la portata globale degli effetti negativi prodotti. Di fronte a queste premesse le confessioni religiose si sono impegnate fattivamente per essere prima di tutto testimoni[21] e poi promotrici di un'effettiva "conversione ecologica"[22].

Detta conversione ecologica non avrebbe potuto non coinvolgere anche i fedeli, chiamati ad un approccio nella gestione delle risorse naturali che

---

nel processo di globalizzazione, in Pompeo Della Posta-Anna Maria Rossi, *Effetti, potenzialità e limiti della globalizzazione. Una visione multidisciplinare*, Springer-Verlag, Milano, 2007, pp. 11-25; Id., *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *www.statoechiese.it*, maggio 2007, nonché in Aa.Vv., *Multireligiosità e reazione giuridica*, a cura di Antonio Fuccillo, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 197-234; Carlo Cardia, *Le sfide della laicità. Etica, multiculturalismo, Islam,* Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo, 2007; Nicola Colaianni, *La laicità al tempo della globalizzazione*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it,* giugno 2009, p. 2. Si rinvia inoltre a Tomasz Teluk, *The Christian attitude towars globalization*, in *Dike kai nomos. Quaderni di cultura politico-giuridica*, 2-2012, in particolare pp. 81-86.

16 Cfr. Benedetto XVI, Lettera enciclica *Caritas in veritate,* n. 51, in cui il concetto di ecologia ambientale è legato, a doppio filo, a quello di "ecologia umana", sulla scia di quanto già contenuto in Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa, Capitolo X, Salvaguardare l'ambiente,* n. 464. I relativi testi sono consultabili al sito *www.vatican.va.*

17 Cfr. il recente discorso del 20 novembre 2014 tenuto da Sua Santità Papa Francesco in occasione della visita alla FAO nella seconda Conferenza Internazionale sulla Nutrizione, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, www.olir.it*, nonché l'Udienza generale del 5 giugno 2013, consultabile al sito *www.vatican.va*.

18 Cfr. Tim Gorringe, *Le Chiese e i cambiamenti climatici,* in *Il Regno – Documenti,* 13/2012, p. 441.

19 Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa,* cit., n. 466.

20 Cfr. Alberto Bobbio, *Le guerre per l'ambiente e la geopolitica della rapina,* in *Atti del 33° Convegno nazionale delle Caritas diocesane*, *22-25 maggio 2009*, cit., pp. 1-5.

21 Nell'ambito della confessione cattolica di questa testimonianza si sono rese protagoniste soprattutto le Parrocchie. Cfr. Angela Patrizia Tavani, *"Frate sole" ed il fotovoltaico. Il ruolo della parrocchia e la tutela dell'ambiente tra normativa statale e Magistero della Chiesa Cattolica,* in *Diritto e Religioni*, 2-2011, pp. 305-326 .

22 Come sollecitato con forza dalla pioneristica pubblicazione della Conferenza Episcopale Lombarda, *La questione ambientale: aspetti etico-religiosi. Documento pastorale dei Vescovi lombardi*, Centro ambrosiano di documentazione e studi religiosi, Milano, 1988, nonché dalla Conferenza dei Vescovi francesi - Gruppo di lavoro «Ecologia ed ambiente», *Ecologia per il futuro,* in *Il Regno-Documenti,* 13/2012*,* pp. 429-440.

sia ossequioso, a partire sin dai piccoli gesti quotidiani[23], di quei principi di moderazione[24], «equità, sostenibilità, solidarietà, dignità umana»[25] e soprattutto di responsabilità[26] in cui si salda l'incontro tra etica religiosa ed etica ecologica. Per tale ragione, le confessioni religiose, impegnate attivamente al risanamento del debito ecologico[27], hanno concretato la portata generale dei precetti confessionali a fondamento di quegli stessi principi, elaborando e proponendo un sistema capillare di regole specifiche con cui indirizzare i fedeli verso comportamenti e stili di vita ritenuti rispettosi del creato, ma-

---

[23] Cfr. Simone Morandini, *Il tempo sarà bello. Fondamentii etici e teologici per nuovi stili di vita*, Emi, Bologna, 2003. Da segnalare inoltre il *Decalogo dell'Acqua* elaborato dall'Ufficio Nazionale per l'ecumenismo e il dialogo interreligioso in occasione della Seconda Giornata per la Salvaguardia del Creato, incentrata proprio sul tema dell'acqua: *Il Signore vostro Dio vi dà la pioggia in giusta misura, per voi fa scendere l'acqua* (GI, 2, 23). Il documento contempla dieci regole da seguire quotidianamente per eliminare inopinati sprechi di acqua: 1 – Controlla che i rubinetti non perdano acqua e installa dei frangitetto per ridurre i consumi; 2 – Per lavare piatti e bicchieri puoi utilizzare l'acqua di cottura della pasta, evitando un uso eccessivo del detersivo; 3 – Gli scarichi del Wc con il doppio bottone permettono di utilizzare solo l'acqua necessaria; 4 – Quando hai necessità di lavare il motorino o l'automobile puoi farlo usando un secchio e non l'acqua corrente; 5 – È bene verificare che nelle tubature della tua casa non vi siano perdite; 6 – Quando hai la necessità di lavarti, scegli, se possibile, di fare la doccia anziché il bagno; 7 – Quando ti lavi i denti o le mani ricorda di chiudere l'acqua e di riaprirla solo per risciacquare; 8- In cucina ricorda che puoi lavare la verdura e la frutta lasciandole a mollo anziché in acqua corrente. Questa stessa acqua può poi essere usata per innaffiare fiori e piante; 10- Nell'uso di lavastoviglie e lavatrice, ricorda di utilizzarle a pieno carico e a basse temperature.

[24] Il principio di moderazione è inteso, nelle diverse confessioni religiose, come comune paradigma cui adattare il proprio comportamento nei rapporti tra uomo e creato. Si rinvia a Conferenza Episcopale Lombarda, *La questione ambientale: aspetti etico-religiosi,* cit., per la quale il «criterio della moderazione è richiesto dalle esigenze di bene comune dell'intera comunità» affinché l'ecologia diventi «solidarietà e la moderazione nel consumo condivisione».

[25] Cfr. Maria Rosaria Piccinni, *La tutela dell'ambiente nel diritto delle religioni*, cit., p. 65.

[26] La responsabilità ecologica è tratteggiata dalle confessioni religiose in termini di solidarietà nei confronti delle successive generazioni, dei poveri e dell'umanità intera, come chiaramente espresso da Benedetto XVI, Lettera enciclica *Caritas in veritate,* n. 48. Sul tema imprescindibile è la lettura dell'opera di Hans Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 2002, in cui si evidenzia, nell'ambito di un'originale riflessione filosofica, la dimensione di una responsabilità proiettata verso le future generazioni. Inoltre, per l'importanza e la centralità del concetto di responsabilità nell'ambito dei diritti confessionali, e con specifico riferimento al diritto canonico, si rinvia a Maria d'Arienzo, *Il concetto giuridico di responsabilità. Rilevanza e funzione nel Diritto Canonico,* Pellegrini, Cosenza, 2012, in particolare p. 102 ss.

[27] Difatti, l'esercizio di una responsabilità ecologica attiva comporta anche la necessità di riparare il danno ambientale cagionato. Sul tema mi sia permesso un rinvio a Fabio Balsamo, *La Chiesa della Terra dei fuochi contro le ecomafie,* in *Diritto e Religioni,* 1-2014, pp. 348-365, ed in particolare pp. 362-366. Per approfondimenti sull'obbligo di riparazione del danno in diritto canonico si veda Maria d'Arienzo, *L'obbligo di riparazione del danno in diritto canonico. Percorsi di ricerca*, Pellegrini, Cosenza, 2013. Infine, per una lettura teologica del concetto di debito ecologico si rinvia a Martin Lintner, *Dono e debito, tra scienze umane e teologia. Prospettiva etico-teologica,* pp. 36-51 e di Pierpaolo Simonini, *Dono e debito, tra scienze umane e teologia. Prospettiva etico-sociale,* pp. 52-75, in Aa.Vv., *Per custodire il creato. Riferimenti etici, teologici e pastorali*, cit.

nifestandosi così come un «fattore di emancipazione» in grado di offrire un tangibile e rilevante contributo per «influenzare positivamente le azioni umane nei confronti della natura»[28].

Tuttavia, occorre evidenziare che l'incidenza di una tale produzione normativa, lungi dall'avere portata indifferenziata per tutte le confessioni religiose, diverge a seconda della nettezza del solco che divide i singoli diritti confessionali dai diritti secolari[29]. In effetti, il distacco che è particolarmente evidente con riferimento al diritto canonico[30] appare più sfumato, al contrario, in relazione al diritto ebraico ed islamico, le cui norme, pur non facendo formale ingresso all'interno del sistema delle fonti dell'Occidente secolarizzato[31], possono poi di fatto essere recuperate come *soft law*[32], concorrendo ad acuire l'inarrestabile processo di «compromissione tra diritto pubblico e religione»[33].

---

[28] Maria Rosaria Piccinni, *La tutela dell'ambiente nel diritto delle religioni*, cit., pp. 65, 67. Cfr. inoltre Gian Luigi Brena, *Ecologia: interpretare teologicamente un tempo di minaccia*, cit., pp. 17-22.

[29] Si rinvia a Mario Tedeschi, *Cristianesimo e Islamismo. Presupposti storico-giuridici*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1-1995, p. 928 ss.; Id., *Secolarizzazione e libertà religiosa,* in *Il Diritto Ecclesiastico,* I, 1986, p. 44 ss., nonché a Pierluigi Consorti, *Diritto e Religione*, Laterza, Bari-Roma, 2010, in particolare p. 6.

[30] Nonostante i numerosi rinvii dell'ordinamento giuridico statuale alle norme di diritto canonico in materia di enti e matrimonio. Cfr. Andrea Bettetini, *Sulle relazioni fra religioni, diritto canonico e diritto politico in una società post-moderna*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1-2003, p. 911 ss.

[31] A meno che l'ordinamento statuale non rinvii ad esse. Con particolare riferimento alla secolarizzazione "all'italiana" cfr. Luca Diotallevi, *Il dibattito sulla secolarizzazione e il caso italiano*, in *Religioni e Società*, 57, 2007, p. 162-170, nonché Id., *Il rompicapo della secolarizzazione italiana*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2001.

[32] Dunque una valorizzazione della portata delle norme confessionali potrebbe passare da un loro ingresso nell'ordinamento come *soft law*. Sul punto cfr. Sergio Ferlito, *Le religioni, il giurista e l'antropologo,* Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, in particolare p. 12; Antonio Fuccillo, *La multireligiosità tra possibile "normazione" ed ipotetica "autonormazione"*, in Aa.Vv., *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., pp. 267-283; Fortunato Freni, *La laicità nel biodiritto. Le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della società*, Giuffrè, Milano, 2012, in particolare pp. 121-122, in cui l'Autore ritiene, in riferimento ai temi del fine vita, che «la risposta a tali situazioni tragiche dovrebbe dunque passare attraverso soluzioni normative non solo di *hard law*, ma pure di *soft law,* consentendo, così, di coniugare la rigidità o inderogabilità da apprestare alla dignità umana, con la flessibilità ed adattività che la garanzia di ciascun consociato possa realizzare tale indefettibile valore supremo con una certa autonomia, cioè percorrendo le strade più in sintonia con la propria coscienza». Dello stesso Autore cfr. Soft law *e sistema delle fonti del diritto ecclesiastico italiano,* in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it*, settembre 2009. Si segnala inoltre il contributo di Domenico Bilotti, *Il fatto religioso e la nascita della biopolitica*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it*, 12 maggio 2014, in particolare p. 20 ss.

[33] Così Maria Cristina Folliero, *Dialogo interreligioso e sistema italiano delle Intese: il principio di cooperazione al tempo della post-democrazia,* in *Diritto e Religioni*, 2-2010, p. 162. Si rinvia inoltre a Pietro Barcellona*, Il declino dello stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Dedalo, Bari, 1998.

Al di là delle differenze interne ai loro sistemi giuridici, il dato comune da rimarcare è rappresentato dal concreto impegno delle religioni a favore di stili di vita eco-compatibili compiuto anche mediante l'elaborazione di regole specifiche, la cui portata precettiva è rafforzata dalla sostanziale condivisione dell'assunto secondo cui l'offesa al creato costituisca prima di tutto un'offesa al Dio Creatore, e quindi un peccato[34]. Di conseguenza, per il fedele assume notevole efficacia deterrente la circostanza che un comportamento non conforme ai precetti religiosi dettati a tutela del creato integri una condotta peccaminosa.

Nell'essere protagoniste in questa missione di salvaguardia del creato, le confessioni religiose, ad esempio, si sono spinte a stabilire criteri per una corretta gestione delle risorse idriche[35], per un'attività estrattiva rispettosa dei minatori e dell'ambiente[36], per una riduzione dell'impatto ambientale dei pellegrinaggi dei fedeli[37] e delle stesse assemblee in cui si riunisce il cle-

---

[34] Così si è pronunciato il Cardinale di Napoli Crescenzio Sepe in relazione ai reati ambientali compiuti nella Terra dei Fuochi. Sul tema mi sia permesso un ulteriore rinvio a Fabio Balsamo, *La Chiesa della Terra dei fuochi contro le ecomafie,* cit., p. 363, anche per i riflessi interpretativi sulle norme di diritto canonico in tema di Sacramento della Confessione e di esequie ecclesiastiche, in particolare p. 359 ss. In termini simili si rinvia alla Conferenza Interortodossa sulla protezione dell'ambiente, *Conclusioni e raccomandazioni. Le Chiese Ortodosse e l'ambiente,* Creta, Grecia, novembre 1991, secondo cui la «Chiesa Ortodossa condivide la sensibilità e l'impegno di coloro che sono preoccupati per il crescente danneggiamento dell'ambiente naturale a causa dell'abuso umano che la Chiesa chiama peccato e per il quale chiama tutti gli esseri al pentimento».

[35] Le confessioni religiose dedicano tantissima attenzione a regolamentare l'uso dell'acqua. Nell'Islam il diritto di vendere e commercializzare l'acqua è visto con particolare diffidenza, al punto che solo per i sunniti la sua vendita è consentita in presenza di determinate condizioni. In particolare le scuole giuridiche islamiche si spingono finanche a determinare la quantità di acqua utilizzabile per l'irrigazione dei campi. Sul tema cfr. Sadok Atallah, *Water conservation in the eastern Mediterranean Region*, in Naser Faruqui, Asit Biswas, Murad Bino, *Water Management in Islam*, UNU Press, 2001, Tokyo, p. 47 ss.; Francesca De Chatel, *Drops of Faith*: *Water in Islam*, (2002), consultabile al sito *www.islamonline.net*., nonché Maria Rosaria Piccinni, *La tutela dell'ambiente nel diritto delle religioni*, cit., pp. 210-211. Anche nella confessione cattolica è rinnegata ogni forma di avida mercificazione dell'acqua. Cfr. Simone Morandini, *Il dono dell'acqua. Le Chiese locali intervengono sugli stili di vita,* in *Il Regno – Attualità,* 10/2011, pp. 290-292. La Chiesa Cattolica si è particolarmente impegnata per stimolare il dibattito internazionale sulla crisi idrica mondiale. A tal fine la Santa Sede, in occasione del Forum di Kyoto ha presentato il documento *Water, an essential element for life,* aggiornato a Messico 2006 (*Water, an essential element for life. An update)* e rinnovato in concomitanza con il V Forum di Istanbul 2009 (*Water, an essential element for life. And now a matter of greater urgency).* Cfr. la nota del Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Acqua, un elemento essenziale per la vita,* in *Il Regno - Documenti,* 7/2012, pp. 205-212. Sul tema dell'acqua inoltre la Conferenza Episcopale Italiana ha incentrato la Seconda Giornata per la Salvaguardia del creato.

[36] Sul tema, la Chiesa sudamericana è all'avanguardia. Si rinvia al documento del Dipartimento Giustizia e Solidarietà del Consiglio episcopale latinoamericano, *Le industrie estrattive e la missione della Chiesa,* in *Il Regno - Documenti,* 1-2012, pp. 46-51.

[37] Cfr. Francesca Mancuso, *Pellegrinaggio green: anche il turismo religioso diventa sostenibile,* in *Greenme, www.greenme.it*, febbraio 2011. Per ulteriori spunti, nell'ambito dell'impegno dell'Islam

ro[38], contribuendo così a dare concreto significato al concetto di sostenibilità ambientale[39]. Al contempo, le religioni hanno avviato un dialogo regolare – attestato dall'attiva partecipazione a discussioni su tematiche di comune interesse, dalla continua presentazione di proposte, inviti e richieste – con le istituzioni statuali ed internazionali[40], al fine di attuare con decisione una svolta nelle politiche economiche e sociali, talvolta cieche e lesive della stessa dignità umana, oltre che dell'ambiente.

È quindi nelle tre azioni dell'autorinnovamento[41], della guida dei fedeli e della pressione sulle istituzioni[42] a livello nazionale ed internazionale che

---

a tutela dell'ambiente, cfr. MARIA ROSARIA PICCINNI, *La tutela dell'ambiente nel diritto delle religioni*, cit., p. 235 ss. Al tema dei pellegrinaggi "eco-compatibili" ha dedicato grande attenzione anche la Chiesa ortodossa.

[38] Cfr. CONFERENZA DEI VESCOVI FRANCESI - GRUPPO DI LAVORO «ECOLOGIA ED AMBIENTE», *Ecologia per il futuro,* in *Il Regno-Documenti,* 13/2012*,* in particolare pp. 439-440, in cui vengono dettate minuziose regole dirette per la realizzazione eco-sostenibile di assemblee e manifestazioni cristiane in tema di trasporti, bevande, ristorazione, alloggio, energie e rifiuti, comunicazioni.

[39] Sul tema si rinvia a AA.VV., *Salvaguardia del creato e sviluppo sostenibile: orizzonti per le Chiese in Europa,* a cura di MARKUS VOGT-SARAH NUMICO, Fondazione Lanza, Padova, 2007. Sul rapporto tra Islam e capitalismo si rinvia invece a MAXIME RODINSON, *Islam et capitalisme*, Seuil, Paris, 1966. In particolare, sullo sforzo dell'Islam di consentire le trivellazioni petrolifere nel rispetto dei precetti coranici e nel solco di un'economia sostenibile si rinvia all'interessante contributo di ØYSTEIN NORENG, *L'Islam ed il petrolio*, consultabile sulla piattaforma telematica *Treccani.it*. Si consulti il seguente *link www.treccani.it/export/sites/default/Portale/sito/altre_aree/Tecnologia_e_Scienze_applicate/enciclopedia/italiano_vol_4/431446_x8.3x_ita.pdf*

[40] In particolare l'art. 17, punto 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (d'ora in poi TFUE) prevede che l'Unione «mantiene un dialogo aperto, trasparente e regolare con» le confessioni religiose. Sul punto si rinvia, *ex plurimis*, a ANTONIO G. CHIZZONITI, *Chiese, associazioni, comunità religiose e organizzazioni non confessionali nell'Unione europea,* Edizioni Vita e Pensiero, Milano, 2002, nonché FRANCO BOLGIANI-FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO-ROBERTO MAZZOLA, *Chiese cristiane, pluralismo religioso e democrazia liberale in Europa,* Il Mulino, Bologna, 2006.

[41] È lo stesso Consiglio Ecumenico delle Chiese ad ammettere la necessità di un rinnovamento rispetto ad un passato in cui le Chiese stesse sono state complici, tramite i propri modelli di consumo e la perpetuazione di una teologia del ruolo dell'uomo sulla terra, dello sfruttamento indiscriminato delle risorse del pianeta. Cfr. CONSIGLIO ECUMENICO DELLE CHIESE – COMITATO CENTRALE, *Prese di posizione sull'eco-giustizia ed il debito ecologico*, Ginevra, 2 settembre 2009. Il documento è consultabile all'indirizzo *http://www.oikoumene.org/en.* Di questa svolta ecologista si sono rese protagoniste molte Parrocchie, attraverso un ricorso massiccio all'energia solare. Sul tema si rinvia ad ANGELA PATRIZIA TAVANI, *"Frate sole" e il fotovoltaico. Il ruolo della parrocchia e la tutela dell'ambiente tra normativa statale e Magistero della Chiesa cattolica*, cit., pp. 1-25, in particolare pp. 9-13.

[42] Per le dinamiche tra confessioni religiose ed ordinamenti giuridici si rinvia ad ANTONIO GUARINO, *Le Chiese e gli ordinamenti giuridici*, Pellegrini, Cosenza, 2008, in particolare p. 57 ss. Emblematiche al riguardo sono le Conclusioni della quarta consultazione delle CONFERENZE EPISCOPALI EUROPEE sulla responsabilità per il creato circa il tema: "*Lavoro e responsabilità per il creato*" tenutosi a Venezia, 23-26 maggio 2002, in cui le Chiese Europee al punto 5 chiedono agli Stati dell'ONU che si prendano decisioni vincolanti per uno sviluppo sostenibile globale, tracciando anche stringenti linee guida dei richiesti interventi normativi. Il documento è consultabile al sito *www.ccee.ch*. Cfr. inoltre CONFERENZA DELLE CHIESE EUROPEE, *Chiamati ad una*

si sostanzia, in questa prima fase, il contributo delle confessioni religiose al processo di conversione ecologica.

2. *L'importanza del dialogo intrareligioso ed interreligioso nella sfida ecologica globale*

Non vi è dubbio che il dialogo interreligioso costituisca per le attuali società multiculturali una necessità, più che un'opportunità[43]. Pertanto, gli ordinamenti giuridici civili dovrebbero sforzarsi di promuovere incessantemente il dialogo interreligioso[44], quale irrinunciabile strumento di progresso sociale, nonché di prevenzione e di risoluzione dei potenziali conflitti[45] dell'era del multiculturalismo, eliminando, o contribuendo a superare, quegli ostacoli che ne impediscono una concreta e fluida attuazione. Infatti, è soltanto con un dialogo costante e propositivo con l'altro che si costruisce una vera tolleranza[46], impedendosi così che la reciproca ignoranza delle diversità conduca, al contrario, ad instabili modelli di società fondati su un'arida indifferenza o segnati, ancora peggio, da manifestazioni di aperta intolleranza[47].

---

miglior amministrazione del creato. Dichiarazione sul cambiamento climatico, Lione, 21 luglio 2009, visualizzabile al sito *www.ceceurope.org*

[43] Cfr. Raimon Panikkar, *L'incontro indispensabile: dialogo delle religioni*, Jaca Book, Milano 2001. Per la dottrina ecclesiasticistica si rinvia a Pierluigi Consorti, *Dialogo interreligioso e laicità*, in Aa.Vv., *Diritti, tolleranza, memoria. Una città per la pace*, a cura di Enza Pellecchia – Pierluigi Consorti, Ed. Plus, Pisa, 2005; Antonio Fuccillo, *Pace interreligiosa: alcuni spunti di riflessione a margine della* World interfaith harmony week *ed il possibile ruolo del diritto*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it*, febbraio 2011 ed Antonino Mantineo, *Verso nuove prospettive del pluralismo religioso nel Magistero della Chiesa cattolica?*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it*, luglio 2011, in particolare pp. 28-31.

[44] Sulla struttura e la funzione del dialogo interreligioso si rinvia a Pasquale Lillo, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 121 ss.

[45] Cfr. Pierluigi Consorti, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa University Press, Pisa, 2013. Sull'intercultura, in particolare, si rinvia a Mario Ricca, *Dike meticcia. Rotte di diritto interculturale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, nonché Id., *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008; Id., *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Roma, 2012.

[46] Sull'importanza che assume il concetto di tolleranza nell'attuale società si rinvia al contributo di Maria d'Arienzo, *Attualità della tolleranza*, in *Il Diritto ecclesiastico,* 2004, II, pp. 498-509, pubblicato anche in lingua francese con il titolo *Actualité de la Tolérance*, in *Revue d'éthique et de théologie morale «Le Supplément»*, n°227, 2003, pp. 203-218. Dello stesso A. si segnala, per una lettura del concetto in chiave storica, Id., *La libertà di coscienza nel pensiero di Sebastien Castellion*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. IX-LXX. Infine cfr. Laura Mai, *Per una rilettura del concetto di tolleranza*, Pellegrini, Cosenza, 2011.

[47] Cfr. Aa.Vv., *Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, a cura di Paolo Picozza-Giuseppe Rivetti, Giuffrè, Milano, 2007.

Occorrerebbe dunque favorire in via generale e sistematica l'incontro tra le diverse componenti religiose[48], contribuendo al superamento di tutto ciò che ne possa compromettere un aperto confronto[49].

Ciò appare ancora più evidente rispetto al tema della crisi ecologica, la cui dimensione globale chiama gli Stati e gli attori sociali, e tra questi le religioni, ad unire sinergicamente le forze per offrire il massimo contributo in quella

---

[48] Assume particolare rilevanza l'emanazione, da parte del Consiglio d'Europa, del Libro Bianco sul dialogo interculturale del 2008 *Vivere insieme in pari dignità*, che si occupa di delineare i cinque binari da percorrere per promuovere un effettivo sviluppo del dialogo interculturale e interreligioso. Per il testo si rinvia al seguente indirizzo *http://www.coe.int/t/dg4/intercultural/Source/Pub_White_Paper/WhitePaper_ID_ItalianVersion.pdf.* Sul tema inoltre si rinvia a MARIA ROSARIA PICCINNI, *La tutela dell'ambiente nel diritto delle religioni,* cit., pp. 63-64, nonché a NICOLA LUPOLI, *Patrimoni identitari e dialogo interculturale*, Franco Angeli, Milano, 2010. Inoltre, in questo senso, è anche da salutare con particolare entusiasmo la risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU con cui è stata proclamata per ogni prima settimana di febbraio la *World interfaith harmony week*. Sull'importanza dell'iniziativa cfr. ANTONIO FUCCILLO, *Pace interreligiosa: alcuni spunti di riflessione a margine della World interfaith harmony week ed il possibile ruolo del diritto*, cit., pp. 2-3

[49] In particolare le norme di diritto internazionale e statuale dovrebbero impegnarsi per stimolare processi in grado di rimuovere quel freno ad un naturale dispiegarsi del dialogo interreligioso rappresentato dalla mancanza di una rappresentanza unitaria per alcune confessioni religiose, come per l'Islam. Ciò potrebbe avvenire attraverso l'istituzionalizzazione di un dialogo aperto tra lo Stato e tutte le confessioni religiose, sulla scia di quanto adottato a livello regionale europeo dalla «benedetta» norma di cui all'art. 17, punto 3 del TFUE, che non a caso ha prodotto l'effetto di favorire l'individuazione di un referente europeo per l'Islam con la costituzione del *Conseil musulman de coopération en Europe*. Per il virgolettato cfr. MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Dialogo interreligioso e sistema italiano delle Intese: il principio di cooperazione al tempo della post-democrazia*, cit., p. 164. Com'è noto, in Italia l'Islam non ha portato a compimento il processo diretto alla costituzione di un ente esponenziale rappresentativo del mondo islamico. Cfr. MARIO TEDESCHI, *Verso un'intesa tra la repubblica italiana e la Comunità islamica in Italia?*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1-1996, pp. 1574-1582; AGOSTINO CILARDO, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano. Le Bozze di intesa tra la Repubblica italiana e le associazioni islamiche italiane*, ESI, Napoli, 2002, nonché ANNA SVEVA MANCUSO, *La presenza islamica in Italia: forme di organizzazione profili problematici e rapporti con le istituzioni*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it*, 29 novembre 2012. Ciò è avvenuto sia per la sua eterogeneità che per la miopia della politica ecclesiastica italiana. Eloquente al riguardo è il caso della Consulta per l'Islam italiano. Per i profili di criticità si rinvia a NICOLA COLAIANNI, *Musulmani e Costituzione: il caso della consulta islamica*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, vol. 1, 2006, p. 251-258; ID., *La Consulta per l'Islam italiano: un caso di revisione strisciante della Costituzione*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, www.olir.it*; ALESSANDRO FERRARI, *L'Intesa con l'Islam e la consulta: osservazioni minime su alcune questioni preliminari,* in AA.VV., *Il dialogo delle leggi. Ordinamento giuridico italiano e tradizione giuridica islamica*, a cura di IDA ZILIO-GRANDI, Marsilio, Venezia, 2006, pp. 29-53; GIANFRANCO MACRÌ, *Immigrazione e presenze islamiche in Italia: la Consulta per l'Islam*, in AA.VV., *Immigrazione e soluzioni legislative in Italia e Spagna. Istanze autonomistiche, società multiculturali, diritti civili e di cittadinanza*, a cura di VALERIO TOZZI - MARCO PARISI, ed. Arti Grafiche la Regione, Ripalimosani, 2007, p. 213 ss.; NICOLA FIORITA, *La libertà religiosa degli stranieri tra normativa di contrasto alle discriminazioni e nuove forme di discriminazione istituzionale,* in AA.VV., *Immigrazioni e diritti fondamentali. Fra Costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, a cura di SILVIO GAMBINO-GUERINO D'IGNAZIO, Giuffrè, Milano, 2010, p. 533 ss., in particolare pp. 550-551; ID.*, L'Islam spiegato ai miei studenti. Undici lezioni sul diritto islamico*, Firenze University Press, Firenze, 2010.

che è la sfida più ardua che attende l'uomo del terzo millennio[50]. In questa faticosa azione di riconciliazione con il creato le confessioni religiose possono offrire un contributo assolutamente unico, grazie alla loro capacità «di saper progettare a lungo termine, dare prospettive di senso e creare opinione, formare comunità attive e azioni di solidarietà pratica»[51]. Che questo contributo diventi poi indispensabile lo si può comprendere ove si consideri la presenza capillare delle religioni a tutti i livelli della società, siano essi locali che centrali.

Allo stesso modo, è fondamentale, in un mondo globalizzato, che le religioni siano coinvolte in questo percorso di dialogo «a livello apicale», con i loro massimi rappresentanti[52], anche per evitare che l'eccessivo ricorso alla prassi di affidare il dibattito a rappresentanti locali aumenti la frammentarietà dei risultati del dialogo[53].

Inoltre, tra le ricadute positive di un dialogo interreligioso che coinvolga le *leadership* religiose vi è senz'altro la sottesa necessità di dover prima avviare un dibattito interno alle singole religioni, onde addivenire a soluzioni condivise da proporre successivamente al tavolo del dialogo. Il dialogo intrareligioso oltre ad essere richiesto dalla sempre più crescente multietnicità e multiculturalità delle comunità religiose[54], costituisce l'antecedente logico

---

[50] Cfr. Piero Angela-Lorenzo Pinna, *La sfida del secolo*, Mondadori, Milano, 2006. La sfida ecologica, infatti, potrà essere vinta soltanto se condotta con perseveranza e virtuosa determinazione, attraverso un radicale e radicato ripensamento degli stili di vita sulla sfondo di un orizzonte programmatico chiaro, senza che ci si affidi ad estemporanee ed effimere soluzioni emergenziali di breve termine. Cfr. Renato Rolli, *Le "variabili" nella disciplina ambientale*, in *Dike kai nomos. Quaderni di cultura politico-giuridica*, 2-2012, pp. 61-80, in particolare p. 66-67.

[51] Così Consiglio delle Conferenze Episcopali europee, *Risultati della sesta consultazione degli incaricati per l'ambiente delle Conferenze Episcopali d'Europa su "La responsabilità delle Chiese e delle religioni per la creazione",* Namur-Belgio, 3-6 giugno 2004. Il documento è consultabile al sito *www.ccee.ch*

[52] Il coinvolgimento dei vertici delle confessioni religiose è anche favorito dall'istituzionalizzazione, ad opera dell'art. 17, punto 3 del TFUE, di un dialogo con le Chiese a livello europeo. Cfr. Marco Ventura, *La laicità dell'Unione Europea. Diritti, mercato, religione*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 122 ss., nonché Giafranco Macrì, *Europa, lobbying e fenomeno religioso nella nuova Europa politica*, Giappichelli, Torino, 2004. Ciò senza dubbio ha accelerato «la spinta delle stesse confessioni religiose di dotarsi di organi di rappresentanza in ambito europeo». Così Antonino Mantineo, *Verso nuove prospettive del pluralismo religioso nel Magistero della Chiesa cattolica?*, cit., pp. 29-30. Tra questi organi di rappresentanza unitaria a livello europeo si segnalano il Comitato permanente dei gran rabbini d'Europa, il *Conseil musulman de coopération en Europe,* la *Conferenza delle chiese europee* (KEK), il *Consiglio delle Conferenze Episcopali europee* (CCEE), nel cui ambito opera la *Commissione degli episcopati della Comunità Europea* (COMECE).

[53] Cfr. Raffaele Santoro, *Il dialogo interculturale nel diritto regionale*, in Aa.Vv., *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, cit., pp. 23-46.

[54] Cfr. Paolo Naso, *Il futuro del dialogo è intrareligioso*, Intervista rilasciata all'Agenzia di Stampa NEV, 18 aprile 2012. Il politologo, in questo contributo, oltre a condividere la proposta accezione della locuzione "dialogo intrareligioso" illustra la necessità di riunire le anime dell'Islam e del mondo evangelico. Per la consultazione si rinvia al sito *www.fedevangelica.it*

necessario per un fruttuoso dialogo interreligioso[55], e la sua rilevanza acquista un valore ancora più apprezzabile con riferimento alle modalità concrete di attuazione della sfida ecologica, basata sulla condivisione di chiare pratiche eco-sostenibili, cui i fedeli possono contribuire efficacemente solo se guidati in maniera univoca dalla confessione di appartenenza. È quindi il dialogo intrareligioso[56] la base per un costruttivo dialogo interreligioso, anche in materia ambientale, e ciò vale in relazione soprattutto alle spaccature che si segnalano tra le diverse anime dell'Islam[57], ed anche del mondo evangelico[58], diviso «tra l'anima "storica"» e quella degli «"*evangelical*"»: la prima, forte della sua storia e della sua «autorevolezza culturale», la seconda, orgogliosa dei suoi numeri e della sua «dinamicità spirituale»[59].

Rispetto all'emergenza ecologica[60] occorrono quindi azioni congiunte delle religioni, condivise tanto all'interno della singola confessione religiosa quanto tra le distinte confessioni, perché è soltanto la forza aggregante del dialogo interreligioso a poter implementare l'impatto benefico su una crisi ambientale che non si allevia in presenza di sforzi isolati ed episodici, che, per quanto apprezzabili, si rilevano inefficaci, stante la natura globale della crisi. È quindi il dialogo interreligioso il mezzo privilegiato con cui veicolare, a tutti i livelli ed in tutte le regioni del pianeta, le buone prassi da adottare

---

[55] Ciò è confermato dalle parole di Sua Santità Francesco in occasione della VI Giornata della Gioventù asiatica in presenza dei pastori delle giovani Chiese dell'Asia: «Non possiamo impegnarci in un vero dialogo se non siamo consapevoli della nostra identità… Se vogliamo comunicare in forma libera, aperta e fruttuosa con gli altri, dobbiamo avere ben chiaro ciò che siamo, ciò che Dio ha fatto per noi e ciò che egli richiede a da noi». Cfr. Francesco, *In questo vasto continente. Dialogo autentico - Ai Vescovi dell'Asia*, in *Il Regno-Documenti*, 15/2014, p. 476

[56] Con l'espressione dialogo intrareligioso intendiamo quindi un confronto dialettico, interno ad una singola confessione religiosa, che coinvolga le sue diverse anime e posizioni. In questo senso anche Paolo Naso, *Il futuro del dialogo è intrareligioso*, cit., nonché Massimo Introvigne, *Concorrenza intra-islamica e mercato religioso in Turchia*, in *Religioni e Società*, 57, 2007, p. 179 ss. Utilizza la stessa locuzione, anche se con una diversa accezione, Raimon Panikkar, *Il dialogo intrareligioso*, Cittadella, Assisi, 2001.

[57] Sull'eterogeneità interna del mondo musulmano si rinvia, *ex plurimis*, a Mario Tedeschi, *L'Islam come confessione religiosa*, in Id., *Studi di diritto ecclesiastico*, Jovene, Napoli, 2002, pp. 19-56.

[58] Al riguardo è da segnalare il programma di lavoro della Federazione delle chiese evangeliche in Italia (FCEI), *Essere chiesa insieme* (ECI) avviato nel 2000 per promuovere l'incontro e la fraternità multietnica all'interno dell'evangelismo italiano. Per approfondimenti si consulti il sito *www.ildialogo.org*

[59] Così Paolo Naso, *Il futuro del dialogo è intrareligioso*, cit., consultabile, oltre che su *www.fedevangelica.it*, anche su *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, www.olir.it*

[60] È da segnalare che, in ordine all'esistenza stessa di una vera o presunta crisi ambientale, permane nel panorama scientifico internazionale uno zoccolo duro di scettici e negazionisti, che costituiscono circa il 5% dei ricercatori. Cfr. Lorenzo Prezzi, *Chiesa, ambiente e povertà*, cit., p. 8, nonché, con specifico riferimento ai cambiamenti climatici, cfr. Francesco Sorvillo, *Eco-fede. Uomo, natura, culture religiose*, cit., p. 83, nota 8.

per invertire la rotta e scongiurare il naufragio ambientale.

La necessità di un dialogo interreligioso in materia ambientale emerge anche in relazione all'opportunità di trovare, tra le confessioni religiose, una convergenza di fondo, se non una totale sintonia, sulla tutela e sull'equa distribuzione delle risorse naturali[61]. Difatti, la crisi ecologica porta con sé un preoccupante depauperamento delle risorse naturali, con il rischio che l'accaparramento di risorse sempre più scarse (acqua, petrolio, terreno coltivabile), diventi il pretesto per lo scatenarsi di "guerre ambientali", sotto l'apparente e fuorviante veste di conflitti religiosi[62]. È quindi il dialogo tra le religioni lo strumento più adatto a disinnescare una strumentalizzazione dei conflitti religiosi, affinché, appunto, «i conflitti ecologici non tracimino sul piano religioso»[63]. A questo occorre aggiungere che le guerre sono «sempre anche catastrofi ecologiche», sia per il diffuso quanto deprecabile impiego di armi non convenzionali, quali le «armi batteriologiche», che per l'inquinamento prodotto «dall'armamento spaziale»[64]. In altri termini, proprio perché senza pace con la natura non può esistere una duratura pace tra gli uomini il dialogo interreligioso è chiamato ad essere strumento preventivo di costruzione della pace, attraverso una dialettica franca che si focalizzi sulla gestione equilibrata della crisi ambientale, sull'equa distribuzione delle risorse naturali, sulle proposte da suggerire alle istituzioni per politiche ecocentriche e sulle regole con cui invitare i fedeli (e le stesse confessioni) a custodire e proteggere il creato nella loro vita quotidiana.

Infine, sarebbe auspicabile che il dibattito si concentrasse anche sui diversi approcci relativi alle linee di sviluppo percorribili, dal momento che tra le confessioni religiose non si assiste ad una scelta pienamente condivisa tra la promozione di un modello di sviluppo cd. sostenibile[65] – «che soddisfi i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni futu-

---

[61] Con particolare riferimento al tema dei rifiuti, considerati come un problema ma anche come una risorsa, cfr. Leonardo Boff, *Risorse della Terra e Teologia della liberazione,* in *Religioni e Società,* XIV, 64, Maggio-Agosto 2009, pp. 21-32.

[62] Su questo rischio cfr. Nicola Fiorita, *Se Dio lo vuole. L'insospettabile modernità della guerra religiosamente corretta*, in Aa.Vv., *Pace, guerra conflitto nella società dei diritti*, a cura di Bruno Bilotta-Franco Cappelletti-Alberto Scerbo, Giappichelli, Torino, 2009.

[63] Così Consiglio delle Conferenze Episcopali europee, *Risultati della sesta consultazione degli incaricati per l'ambiente delle Conferenze Episcopali d'Europa su "La responsabilità delle Chiese e delle religioni per la creazione",* Namur-Belgio, 3-6 giugno 2004. Il documento è consultabile al sito *www.ccee.ch*

[64] Cfr. Conferenze Episcopali d'Europa, *Risultati della Quinta Consultazione degli incaricati per la salvaguardia del creato sul tema Formazione alla responsabilità verso il creato e allo sviluppo sostenibile*, Breslavia/Polonia, 18 maggio 2003.

[65] Modello sostenuto dalle religioni della tradizione giudaico-cristiana.

re di soddisfarne i propri» – ed un modello di sviluppo integrato[66], basato su una «reciprocità arricchente uomo e ambiente, all'interno di uno sviluppo storico, che coinvolge i due verso un futuro, del quale ci si sforza di cogliere il significato»[67].

2.1 *Religioni ed ambiente: comune e fertile terreno di dialogo, aperto anche ai non credenti*

I temi ecologici costituiscono un «vasto campo di cooperazione ecumenica ed interreligiosa»[68], un terreno privilegiato, in cui far crescere e fruttificare il dialogo[69], e non tanto per l'importanza del contributo che le confessioni religiose, come visto *supra*, possono apportare alla gestione alla crisi ambientale. Piuttosto ciò avviene perché, di fronte alle tematiche ambientali, «si può confermare una singolare situazione» delle religioni, ossia quella di «non avere eredità conflittive e dissensi di tipo dogmatico o teorico in merito»[70]. Inoltre, le religioni, in questo ambito, godono di un «consistente patrimonio comune»[71], che, partendo dall'attenzione dei testi sacri per la natura e per la gestione del territorio agricolo, si sposta alla «dimensione della santità», segnata dalla reciproca forza attrattiva di «un San Francesco» d'Assisi «per la tradizione occidentale, o di un Isacco di Ninive o di un Silvano del Monte Athos per quella orientale»[72]. Sulla base di questa piat-

---

[66] A questo modello di sviluppo si avvicinano le conclusioni dell'Islam e delle religioni orientali.

[67] Cfr. Giuseppe Dal Ferro, *Ambiente naturale e religioni*. Contributo nell'ambito del Progetto "Cittadinanza e cultura ecologica" sulle tematiche ambientali, incoraggiato dal Ministero dell'Ambiente. Il Progetto è stato sviluppato con lezioni e seminari in tutta la provincia di Vicenza e presso l'Istituto Culturale di Scienze Sociali Nicolò Rezzara, di cui l'Autore, Mons. Giuseppe Dal Ferro è il Direttore. Per riferimenti ed altri contributi si consulti il seguente *link http://www.istitutorezzara.it/pubblicazioni/pdf/notizie_2010_ott_nov.pdf* . Inoltre sul tema si rinvia a Giuseppe Dal Ferro, *La luce dell'Oriente. Religioni orientali a confronto con il cristianesimo*, EMP, Padova, 2005.

[68] Così Giovanni Paolo II, *Pace con Dio Creatore. Pace con tutto il creato*, n. 15.

[69] Per l'impulso dato al dialogo interreligioso dal Concilio Ecumenico Vaticano II, cfr. Concilio Vaticano II, *Dichiarazione sulle relazioni della Chiesa con le religione non cristiane*, in *AAS* 58, 1966, p. 741.

[70] Così Lorenzo Prezzi, *Chiesa, ambiente e povertà,* cit., p. 12.

[71] Come confermato dal nono incontro della Commissione bilaterale della Santa Sede e del Gran Rabbinato di Israele sul tema della salvaguardia del creato, 17-20 gennaio 2010. Cfr. *Cattolici ed ebrei insieme per la salvaguardia del creato e dell'ambiente*, 21 gennaio 2010, consultabile al sito *www.osservatoreromano.va*

[72] Cfr. Lorenzo Prezzi, *Chiesa, ambiente e povertà,* cit., p. 12. Per approfondimenti sulla figura di Silvano del Monte Athos si rinvia a Archimandrita Sofronio (di Gerusalemme), *Silvano del Monte Athos. La vita, la dottrina, gli scritti*, Gribaudi, Torino, 1978. Per gli insegnamenti di Isacco

taforma comune di valori sono germogliate iniziative che hanno coinvolto le religioni, da sole o anche insieme a gruppi di ispirazione laica, nell'azione di salvaguardia dell'ambiente. Al riguardo, si segnala l'impegno, ancora attuale, della ARC *Alliance of religions and conservation* (che si occupa di supportare le religioni, in rete tra loro, in una serie di progetti, di impronta ecologista)[73]. O ancora, si evidenzia l'approvazione, da parte di istituzioni e gruppi religiosi, della Carta della Terra[74] ed, infine, l'azione del Parlamento delle Religioni del mondo con l'emanazione di una Dichiarazione sull'Etica Globale[75].

In realtà, affinché il dialogo interreligioso possa proporsi, tanto all'interno dello Stato quanto rispetto alla comunità internazionale, come mezzo di progresso spirituale e materiale della società[76] occorre che ne venga favorita una sua piena inclusività rispetto a tutte le componenti religiosamente ispirate. Ciò vale in particolar modo quando l'attenzione del dibattito interreligioso si proietta sulle tematiche ambientali, rispetto alle quali l'efficacia del contributo offerto dipende dal grado di diffusione degli stili di vita ecocompatibili promossi, perché è proprio l'univocità e la totale condivisione delle condotte virtuose adottate a determinare una qualche incidenza sulla crisi ambientale in atto.

Ebbene, non si può sottacere che il polo inquinante del pianeta – rispetto al quale si fa ancora più urgente la necessità di una "conversione ecologica" – sia proprio quel mondo secolarizzato in cui la presenza dei non creden-

---

di Ninive cfr. Isacco di Ninive, *Discorsi ascetici (terza collezione),* a cura di Sabino Chialà, Qiqajon edizioni, Comunità di Bose, 2004.

[73] Maria Rosaria Piccinni, *La tutela dell'ambiente nel diritto delle religioni,* cit., p. 59 segnala una serie di progetti di rimboschimento ed educazione ambientale cui hanno collaborato le confessioni religiose. Per ulteriori informazioni si rinvia all'indirizzo internet *www.arcworld.org*

[74] La Carta della Terra, presupponendo una correlazione tra questioni ambientali, economiche, sociali e culturali dell'umanità, si prefigge di ispirare tutti i popoli ad un senso di responsabilità condivisa per il benessere della famiglia umana e delle generazioni future. Per approfondimenti si rinvia a Aa.Vv., *Progettazione educativa sostenibile. La pedagogia dell'ambiente per lo sviluppo umano integrale*, a cura di Pierluigi Malavasi, Edizione Asa, Università Cattolica del Sacro Cuore, 2014, in particolare p. 43 ss., nonché Luisa Bartoli, *La Carta della Terra per una progettazione educativa sostenibile*, EduCatt, Milano, 2006, nonché Maria Rosaria Piccinni, *La tutela dell'ambiente nel diritto delle religioni,* cit., pp. 63-64.

[75] Cfr. su tutti Hans Kung-Karl Josef Kuschel, *A global Ethics, The Declaration of the Parliament of the World's Religions,* Continuum, New York, 1993. Il testo della Dichiarazione alla pagina 3 fa espresso riferimento alla salvaguardia della terra, dell'acqua, dell'aria e del suolo. Per la consultazione si rinvia al sito *http://www.weltethos.org/1-pdf/10-stiftung/declaration/declaration_italian.pdf*

[76] Cfr. Antonino Mantineo, *Verso nuove prospettive del pluralismo religioso nel Magistero della Chiesa cattolica?*, cit., p. 27, il quale, attribuisce al dialogo interreligioso, ricollegandolo alla disposizione di cui all'art. 4 della Costituzione italiana, la capacità di contribuire alla crescita materiale e spirituale della società.

ti costituisce, di fatto, una parte significativa della popolazione, se non la maggioranza[77]. Ciò è confermato da una recente ricerca del 2012 sull'indice globale di religioni ed ateismo, secondo cui ben il 23% della popolazione si dichiara non credente. A questa già alta percentuale va ad affiancarsi un ulteriore 13% della popolazione che si dichiara "ateo convinto", per un totale del 36% della popolazione mondiale che non si ritrova in alcuna fede religiosa[78].

Altro aspetto degno di considerazione è rappresentato dalla circostanza che l'ateismo, o anche l'agnosticismo, lungi dal continuare ad essere rappresentati come scelta individuale, vanno riguardati sempre più in una dimensione collettiva, alla luce della nascita e della diffusione di organizzazioni capaci di una certa rappresentatività[79]: come nel caso dell'UAAR (Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti), membro associato della *International Humanist and Ethical Union*[80]. Ne deriva la conseguente capacità del mondo dei non credenti di essere concretamente rappresentato a livello apicale, sia esso nazionale che internazionale. Essi, dunque, a differenza delle difficoltà in cui si imbattono alcune confessioni religiose, avrebbero la piena capacità di proporre, se accolti al tavolo del dialogo interreligioso, soluzioni per un futuro sostenibile condivise e praticate da tutto il numeroso mondo ateo ed agnostico[81].

Alla luce di questi elementi ed a prescindere da ogni più o meno controversa qualificazione dell'ateismo e dell'agnosticismo in termini di vera e propria confessione religiosa[82], appare dunque auspicabile la partecipazione

---

[77] Cfr. Gianfranco Morra, *Dio senza Dio. Fenomenologia ed esperienza religiosa – Ateismo e secolarizzazione*, Japadre, L'Aquila, 1990, nonché Mark Lilla, *Il Dio nato morto*, Baldini Castoldi Dalai, Milano, 2009.

[78] La ricerca *Global Index of Religion and Atheism* è davvero minuziosa ed approfondita. È consultabile al seguente *link http://redcresearch.ie/wp-content/uploads/2012/08/RED-C-press-release-Religion-and-Atheism-25-7-12.pdf*

[79] Sul tema si rinvia a Lucio Bondi, *Atlante dell'Ateismo in Italia e nel mondo*, in *Micromega*, 2013, 5, pp. 85-115.

[80] Cfr. Domenico Bilotti, *L'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR), membro associato della International Humanist and Ethical Union, come soggetto stipulante un'intesa con lo Sato, ex art. 8, III Cost.*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it*, luglio 2011.

[81] Che per l'appunto rappresenta più di un terzo dell'intera popolazione mondiale.

[82] Il dibattito sul punto è particolarmente vivo. Cfr. i recenti contributi di Marco Parisi, *Associazionismo ateista e accesso all'Intesa con lo Stato. Riflessioni a margine della sentenza n. 7068 del 2014 del Tar Lazio*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it*, novembre 2014; Salvatore Berlingò, *L'affaire dell'U.A.A.R.: da mera querelle politica ad oggetto di tutela giudiziaria,* in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it*, febbraio 2014; Jlia Pasquali Cerioli, *Accesso alle intese e pluralismo religioso: convergenze apicali*

dei non credenti al dialogo interreligioso in materia ambientale.

A tal fine non sembra sufficiente invocare semplicemente la ripresa di un dialogo con il laicato[83], prassi che in realtà già si realizza, in particolare a livello europeo, con il coinvolgimento stabile di gruppi di laici (credenti)[84]. Al contrario, e per le ragioni sopra menzionate, per tendere a risultati ancora più efficaci, appare necessario coinvolgere in un confronto con le posizioni religiose i non credenti, spesso esclusi dal tavolo del dialogo interreligioso[85].

Del resto, che proprio la discussione sulla sfida ecologica ambientale, atteggiandosi a «vocazione comune»[86], possa costituire il terreno privilegiato di incontro e di dialogo tra mondo religioso e mondo areligioso, trova autorevole conferma nelle recenti parole del Santo Padre Francesco. Al riguardo, il Sommo Pontefice non esita a definire «preziosi alleati» nell'impegno diretto a «custodire con cura il creato» «tutti quegli uomini e quelle donne che, pur non riconoscendosi appartenenti ad alcuna tradizione religiosa, si

---

di giurisprudenza sulla "uguale libertà" di avviare trattative ex art. 8 Cost., terzo comma, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it*, luglio 2013; Aldo Rocco Vitale, *Elementi per la (ri)definizione della libertà religiosa tra paradossi e antinomie*, in *Diritto e Religioni*, 2-2013, pp. 217-234; Giovanni Cimbalo, *Ateismo e diritto di farne propaganda tra dimensione individuale e collettiva*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1-2011, pp. 113-136. Per altri contributi cfr. Giovanni Filoramo, *Trasformazioni del religioso ed ateismo*; Nicola Fiorita-Francesco Onida, *Anche gli atei credono*; Pierangela Floris, *Ateismo e Costituzione*. Tutti i contributi sono contenuti nel numero monografico della *Rivista Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2011 dal titolo *Ordinamenti senza Dio? L'ateismo nei sistemi giuridici contemporanei*. Inoltre si rinvia ai basilari lavori di Agostino Origone, *La libertà religiosa e l'ateismo*, in Aa.Vv., *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milano, 1952; Gaetano Catalano, *Il diritto di libertà religiosa,* Bari, Cacucci, 2007 (ristampa dell'insuperata monografia del 1957); Carlo Cardia, *Ateismo e libertà religiosa,* De Donato, Bari, 1973; Piero Bellini, *Ateismo,* in *Digesto pubblico,* I, Utet, Torino, 1987.

[83] Cfr. Antonino Mantineo, *Verso nuove prospettive del pluralismo religioso nel Magistero della Chiesa cattolica?*, cit., p. 31, il quale invoca a puntello della ripresa del dialogo interreligioso un nuovo protagonismo del laicato.

[84] In particolare ci si riferisce al Forum Europeo dei Laici, chiamato a collaborare con le Conferenze episcopali d'Europa, proprio sulle tematiche ambientali. Cfr Conferenze episcopali d'Europa, *Risultati della Quinta Consultazione degli incaricati per la salvaguardia del creato sul tema Formazione alla responsabilità verso il creato e allo sviluppo sostenibile,* cit.

[85] Cfr. Massimo Albertin*, Il dialogo interreligioso nella società contemporanea in un paese plurale*, consultabile al *link www.uaar.it/news/2011/07/07/incontro-padovaa-sul-dialogo-interreligioso/* L'Autore lamenta, in occasione di una serie di incontri promossi a Padova dall'associazione culturale "SalboroIcontra" il ritiro dell'invito ad un incontro che avrebbe dovuto vedere coinvolti gli esponenti delle diverse confessioni religiose a livello locale. Di contro è da segnalare che la risoluzione ONU istitutiva della *World interfaith harmony week* prescrive la partecipazione al dialogo interreligioso sia dei fedeli che dei non credenti. Tuttavia, anche questa indicazione è spesso stata disattesa dagli stessi organizzatori delle settimane interreligiose.

[86] Cfr. Papa Francesco-Eugenio Scalfari, *Dialogo tra credenti e non credenti*, Einaudi, Torino, 2013, nonché Andrea Possieri, *Custodire l'umanità, vocazione comune con i laici,* in *Avvenire*, 24 novembre 2013.

sentono tuttavia in ricerca della verità»[87].

Di tal guisa, non sembrano più residuare dubbi in ordine alla necessità di «coinvolgere nell'impegno ecologico», e quindi nel dialogo interreligioso in materia ambientale, «anche chi non vuole sentir parlare di Dio»[88]. Da qui potrebbero sorgere le fondamenta di un nuovo paradigma di dialogo interreligioso.

2.2 *La custodia del creato come motore dell'ecumenismo. Le Giornate per la salvaguardia del creato*

I temi ambientali hanno rappresentato uno straordinario tirante per avvicinare le varie confessioni cristiane divise tra di loro[89], in particolare grazie alle spinte del mondo anglicano e protestante[90], che non hanno risparmiato, nei loro primi interventi sul tema, critiche, anche aspre, alla confessione cattolica[91]. Tuttavia, nonostante l'importanza dell'Assemblea Ecumenica di Basilea (1989) e di Graz (1997)[92], il passo decisivo verso l'avvio di un dialogo

---

[87] Francesco, *Discorso ai rappresentanti di chiese, comunità ecclesiali e altre religioni*, Città del Vaticano, 20 marzo 2013. Ancor prima si rinvia al Messaggio del Santo Padre Giovanni Paolo II per la celebrazione della XXIII Giornata del 1° gennaio 1990. Cfr. Giovanni Paolo II, *Pace con Dio Creatore. Pace con tutto il creato*, n. 15, secondo cui la questione ecologica è una responsabilità di tutti. Quindi «anche gli uomini e le donne che non hanno particolari convinzioni religiose, per il senso delle proprie responsabilità nei confronti del bene comune, riconoscono il loro dovere di contribuire al risanamento dell'ambiente». I documenti sono consultabili al sito *www.vatican.va.*

[88] Gian Luigi Brena, *Ecologia: interpretare teleologicamente un tempo di minaccia,* cit., p. 20. Per l'Autore è «indispensabile coinvolgere nell'impegno ecologico anche chi non vuole sentir parlare di Dio, e la sostanza etica di questo problema consente di far posto a tutti, e può essere condivisa con tutti, fianco a fianco con ogni essere umano. Una simile cooperazione potrebbe favorire una nuova stima reciproca tra persone religiose e non religiose».

[89] Si rinvia al recente contributo di Cristiana Maria Pettinato, *Il grido di Abacuc. La questione ecologica alla luce delle istanze del giusnaturalismo cristiano contemporaneo*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *www.statoechiese.it*, ottobre 2014. Per una lettura che rinviene nella divisione dei cristiani una delle cause della secolarizzazione dell'Occidente, cfr. Wolfhart Pannenberg, *Cristianesimo in un mondo secolarizzato,* Morcelliana, Brescia, 1991.

[90] Cfr. Maria Rosaria Piccinni, *La tutela dell'ambiente nel diritto delle religioni,* cit., p. 187 ss. Da segnalare, con riferimento ad una corretta ed equa gestione delle risorse naturali, la pubblicazione, ad opera dell'Unione cristiana evangelica battista d'Italia (UCEBI) di un Equomanuale. Cfr. Commissione per la globalizzazione e l'ambiente - Federazione Comunità Evangeliche, *Equomanuale. Manuale per una spiritualità della giustizia economica*, 2008, consultabile all'indirizzo *www.fedevaangelica.it*

[91] Cfr. Lorenzo Prezzi, *Chiese, ambiente e povertà,* cit., p. 6. Sul mondo anglicano si rinvia all'articolo di Mino Vignolo, *Poveri e inquinati? Colpa del Papa,* in *Corriere della sera,* 19 maggio 1992, nonché a Tim Gorringe, *Le Chiese e i cambiamenti climatici,* cit., p. 441 ss.

[92] Per ripercorrere le tappe del movimento ecumenico in materia di custodia del creato si rinvia a Maria Rosaria Piccinni, *La tutela dell'ambiente nel diritto delle religioni,* cit., pp. 167-179, ed alla bibliografia richiamata.

stabile che fosse incentrato specificamente sulla “salvaguardia del creato” lo si deve al mondo ortodosso[93], la cui sensibilità ecologista è stata trainante per la percorrenza di un sentiero comune, da parte dei “fratelli separati”, sulle tematiche ambientali[94].

Sembrerebbe dunque proprio il dialogo sulle questioni ecologiche il motore silenzioso dell’ecumenismo[95], i cui frutti paiono particolarmente maturi soprattutto in rapporto al rinnovato clima di serenità e collaborazione che abbraccia, in particolare, cattolici ed ortodossi[96].

L’interesse e la sensibilità della Chiesa Ortodossa per la salvaguardia del creato e per le tematiche ambientali, pur non avendo un antecedente storico, trae i suoi indiretti fondamenti dalla risalente «tradizione dottrinale palamitica delle energie divine, espressione di una dialettica divina di presenza reale eppure nascosta»[97]. Questo approccio ha consentito ai cristiani ortodossi di sviluppare, già prima che si manifestassero concretamente i segni della crisi ambientale, una teologia del creato non appiattita su quella delle

---

93 Per l’impegno ecologista della Chiesa Ortodossa cfr. Vittorio Parlato, *Alcune considerazioni sul messaggio dei Primati ortodossi del 15 marzo 1992,* in *Il Diritto Ecclesiastico*, I, 1993, p. 522 ss.; Bartolomeo I, *Discorso all’Assemblea plenaria del Parlamento Europeo,* 19 aprile 1994 (si consulti *www.patriarchate.org/documents/european-parliament);* John Chryssavgis, *Grazia cosmica. Umile preghiera,* Libreria Editrice fiorentina, Firenze, 2008; Pietro Chiaranz, *Per i riferimenti tradizionali con i quali l’ortodossia affronta il problema ecologico*. Cfr. il *link http://tradizione.oodegr.com/tradizione_index/problematiche/lEcologiaperlOrtodossia.pdf*

94 Ed è bello ricordare come questa immagine della percorrenza di un sentiero comune si sia realizzata nella realtà concreta con il pellegrinaggio di tre giorni da Assisi a Gubbio, che prevede, appunto, un cammino tra i boschi tanto cari a San Francesco d’Assisi.

95 Si segnala innanzitutto l’importanza che il Consiglio Ecumenico della Chiese attribuisce al dialogo sulle questioni ecologiche, al punto che ad esso è attribuibile l’espressione “salvaguardia del creato”, coniata in occasione dell’Assemblea di Vancouver del 1983. Il tema ha poi ricevuto attenzione centrale nella II Assemblea Ecumenica di Graz del 1997 ed anche nella III Assemblea Ecumenica Europea di Sbiu 2007. Ciò si evince dalla stessa *Charta Oecumenica* del 2001. Cfr. Consiglio delle Conferenze Episcopali Europee (CCEE)-Conferenza delle Chiese Europee (CEC), *Charta Oecumenica. Linee guida per la crescita della collaborazione tra le Chiese in Europa,* Strasburgo, 22 aprile 2001, consultabile al sito *www.cec-kek.org*. Cfr. inoltre Luigi De Carlini - Gianbattista Silini, *Charta Oecumenica e istanze sociale e ambientali*, in *Aggiornamenti sociali*, n. 11, 2011, pp. 759-768. Cfr. inoltre l’opera del Cardinale Kasper, Presidente del Pontificio Consiglio per l’unità dei Cristiani fino al luglio 2010, Walter Kasper, *L’ecumenismo spirituale. Linee-guida per la sua attuazione*, Città Nuova, Roma, 2006. Infine per il contributo dato all’ecumenismo dal Concilio Vaticano II si rinvia a Concilio Vaticano II, *Unitatis redintegratio,* in AAS 57, (1965), p. 92 ss.

96 Cfr. Roberto Monteforte, *L’ecologia rilancia l’ecumenismo tra cattolici e ortodossi,* in *Unità*, 13 giugno 2002, dove si segnalano le tante battaglie comuni del Papa e del Patriarca in materia ambientale. Tra queste si sottolinea il comune impegno ad un ricorso non eccessivo alle trivellazioni petrolifere nel Mar Adriatico.

97 Di conseguenza «in ognuno, in ogni cosa», nella natura, «vi è una trascendenza che abbraccia ad un tempo il trascendente e l’immanente, rivelando la realtà cristica donata dallo Spirito». Così Lorenzo Prezzi*, Chiese, ambiente e povertà*, cit., p. 6.

altre confessioni del ceppo giudaico-cristiano[98], in cui, come visto *supra*, la natura veniva asservita all'attività dell'uomo. Da qui, nel 1989, la proposta del Patriarca di Costantinopoli Dimitrios I di promuovere una celebrazione ecumenica di difesa dell'ambiente naturale e di esaltazione del significato del creato il 1° settembre di ogni anno[99].

È eloquente che la "Giornata per la salvaguardia del creato nasca essenzialmente come giornata ecumenica, e non come momento di riflessione confinato all'interno del solo mondo ortodosso. Questo quasi a voler ribadire la necessità di intervenire a tutela del creato in maniera condivisa, giacché soltanto risposte globali sono in grado di arginare la devastazione del pianeta.

L' invito ortodosso è stato accolto con ritardo dalla Conferenza Episcopale Italiana (d'ora in poi CEI), che ha fatto trascorrere ben 17 anni prima di dare seguito all'appello del Patriarca Dimitrios I. Pertanto, è solo a partire dal 1° settembre 2006 che la CEI – attraverso la Commissione Episcopale per l'ecumenismo e il dialogo e la Commissione episcopale per i problemi sociali e il lavoro – ha indetto la Prima Giornata per la salvaguardia del creato[100], ora Giornata per la custodia del creato[101], dedicando alle Giornate un'importanza ed una cura sempre crescente.

Ciò conferma quanto recente sia stata un'effettiva ripresa del dialogo ecumenico, quanto il tema della custodia del creato abbia costituito uno dei primi punti di incontro sul difficile cammino della riconciliazione[102] e quanto ancora resti da fare per ricucire gli strappi degli scismi. In questo senso, come evidenziato, il dialogo sui temi ecologici costituisce la malta ideale per colmare le crepe di un confronto per troppo tempo interrotto, segnandone una positiva ripresa.

---

[98] La differente prospettiva può essere felicemente riassunta in queste parole: «I diritti umani non possono essere usati come pretesto per infliggere danni irreparabili al patrimonio naturale». Così Concilio dei vescovi della Chiesa Ortodossa Russa, *I fondamenti della dottrina sociale della Chiesa Ortodossa Russa sulla dignità, la libertà e i diritti dell'uomo,* III.5, 29 giugno 2008, in *Il Regno – Documenti,* 21 - 2008, p. 713.

[99] Tale data assume un particolare significato nella tradizione ortodossa in quanto segna l'inizio dell'anno ecclesiastico con l'invocazione a Dio «creatore di tutta la creazione». Cfr. Maria Rosaria Piccinni, *La tutela dell'ambiente nel diritto delle religioni,* cit., pp. 182-183.

[100] Per informazioni dettagliate e per approfondimenti sulle Giornate per la salvaguardia/custodia del creato si consulti *http://www.chiesacattolica.it/unpsl/siti_di_uffici_e_servizi/ufficio_nazionale_per_i_problemi_sociali_e_il_lavoro/00000028_Ufficio_Nazionale_per_i_problemi_sociali_e_il_lavoro.html*

101 Dal 2013 la Conferenza Episcopale Italiana ha deciso di sostituire al termine salvaguardia il termine custodia. Per cui ad oggi il 1° settembre ricorre la Giornata per la custodia del creato.

[102] Sul movimento ecumenico per la salvaguardia del creato significativo è il documento emanato congiuntamente da Chiesa Cattolica e Chiesa Evangelica in Germania. Cfr. Conferenza Episcopale Tedesca - Chiesa Evangelica Tedesca, *Assumersi la responsabilità della creazione,* 14 maggio 1985, nn. 29-30, in *Il Regno-Documenti,* 17-1985, p. 530.

3. *Verso una concreta assunzione di responsabilità della Chiesa in materia di tutela dell'ambiente. L'evoluzione della riflessione magisteriale cattolica e l'impegno delle Diocesi*

Il tema della salvaguardia del creato, a partire dagli anni '60, è stato affrontato con sempre maggiore interesse nell'ambito del Magistero cattolico. All'esito di una lenta e profonda evoluzione, le questioni ambientali, grazie soprattutto al decisivo contributo del pontificato di Benedetto XVI, sono diventate l'«essenza» della vita e dell'azione di una Chiesa nuova, completamente rinnovata dall'assunzione di una responsabilità concreta per la tutela dell'ambiente[103].

Ci proponiamo di isolare tre fasi di questo percorso.

Già nel 1961 Giovanni XXIII, nella sua enciclica *Mater et Magistra*, si preoccupava di evidenziare i problemi della natura e delle zone campestri, richiamando gli uomini ad un atteggiamento responsabile nei confronti del creato[104]. Ancora più attento alle tematiche ambientali risultò il magistero di Paolo VI[105], che, nel definire «catastrofe ecologica» l'emergenza ambientale,

---

[103] L'impegno per la custodia del creato non è quindi solo una responsabilità del mondo politico, ma è una sfida che riguarda la Chiesa Cattolica in tutti i suoi ambiti. Cfr. Karl Golser, *Religioni ed ecologia. La responsabilità verso il creato nelle grandi religioni,* cit., nonché il suo intervento al Consiglio delle Conferenze Episcopali d'Europa, *La Chiesa cattolica in Europa rafforza il suo impegno per l'ambiente,* Comunicato stampa, Celje, Slovenia 27-30 maggio 1999, consultabile all'indirizzo *www.ccee.ch*

[104] Cfr. Giovanni XXIII, *Lettera Enciclica Mater et Magistra*, 15 maggio 1961, in *AAS 53* (1961), p. 440.

[105] La sensibilità ecologista di Paolo VI si può immediatamente cogliere dalle bellissime parole che dedica al creato nel suo pensiero sulla morte. Cfr. Paolo VI, *Pensiero alla morte*, Edizione Vaticana, Roma, 1979: «Ma, in ogni modo, sembra che il congedo debba esprimersi in un grande e semplice atto di riconoscenza, anzi di gratitudine: questa vita mortale è, nonostante i suoi travagli, i suoi oscuri misteri, le sue sofferenze, la sua fatale caducità, un fatto bellissimo, un prodigio sempre originale e commovente, un avvenimento degno d'essere cantato in gaudio e in gloria: la vita, la vita dell'uomo! Né meno degno d'esaltazione e di felice stupore è il quadro che circonda la vita dell'uomo: questo mondo immenso, misterioso, magnifico, questo universo dalle mille forze, dalle mille leggi, dalle mille bellezze, dalle mille profondità. È un panorama incantevole. Pare prodigalità senza misura. Assale, a questo sguardo quasi retrospettivo, il rammarico di non averlo ammirato abbastanza questo quadro, di non aver osservato quanto meritavano le meraviglie della natura, le ricchezze sorprendenti del macrocosmo e del microcosmo. Perché non ho studiato abbastanza, esplorato, ammirato la stanza nella quale la vita si svolge? Quale imperdonabile distrazione, quale riprovevole superficialità! Tuttavia, almeno *in extremis*, si deve riconoscere che quel mondo, "*qui per Ipsum factus est*", che è stato fatto per mezzo di Lui, è stupendo. Ti saluto e ti celebro all'ultimo istante, sì, con immensa ammirazione; e, come si diceva, con gratitudine: tutto è dono; dietro la vita, dietro la natura, l'universo, sta la Sapienza; e poi, lo dirò in questo commiato luminoso, (Tu ce lo hai rivelato, o Cristo Signore) sta l'Amore! La scena del mondo è un disegno, oggi tuttora incomprensibile per la sua maggior parte, d'un Dio Creatore, che si chiama il Padre nostro che sta nei cieli! Grazie, o Dio, grazie e gloria a Te, o Padre! In questo ultimo sguardo mi accorgo che questa scena affascinante e

invitava l'uomo a «dominare il suo dominio»[106], onde impedire che «attraverso uno sfruttamento sconsiderato della natura» l'uomo stesso rischiasse di «distruggerla e di essere a sua volta vittima di siffatta degradazione»[107]. È sotto questi due pontificati che il tema ecologico entra a far parte dei temi magisteriali[108].

Una seconda fase nell'evoluzione della riflessione sulla questione ambientale si attua con lo stabile inserimento delle problematiche ecologiche tra i temi programmatici del Magistero sociale pontificio, e si apre con il pontificato di Giovanni Paolo II, il quale, nella sua prima enciclica *Redemptor hominis* del 1979[109] (oltre che nella Lettera enciclica *Sollicitudo rei socialis* del 1987)[110], conferisce particolare peso alla questione della salvaguardia del creato. Sarà sempre grazie a Giovanni Paolo II che nel 1990 verrà emanato il primo documento esclusivamente dedicato alle questioni ambientali[111], senza sottacere l'importanza della successiva enciclica *Centesimus Annus* del 1991[112]. Questo processo di riconoscimento stabile delle questioni ecolo-

---

misteriosa è un riverbero, è un riflesso della prima ed unica Luce; è una rivelazione naturale d'una straordinaria ricchezza e bellezza, la quale doveva essere una iniziazione, un preludio, un anticipo, un invito alla visione dell'invisibile Sole, "*quem nemo vidit unquam*", che nessuno ha mai visto….».

[106] Cfr. Paolo VI, *Discorso in occasione del 25° anniversario della FAO*, 16 novembre 1970, consultabile al sito *www.vatican.va*

[107] Cfr. Paolo VI, Lettera apostolica *Octogesima adveniens,* 14 maggio 1971, in *AAS,* 63, 1971, pp. 401-441.

[108] In particolare è Paolo VI ad introdurre il concetto di «ecologia umana» nell'Udienza del 7 novembre 1973: «Non possiamo tacere il nostro doloroso stupore per l'indulgenza, anzi per la pubblicità e la propaganda, oggi tanto ignobilmente diffusa, per ciò che conturba e contamina gli spiriti, con la pronografia, gli spettacoli immorali, e le esibizioni licenziose. Dov'è l'ecologia umana?»

[109] Cfr. Giovanni Paolo II, Lettera Enciclica *Redemptor Hominis*, n. 15: "L'uomo d'oggi sembra essere sempre minacciato da ciò che produce, cioè dal risultato del lavoro delle sue mani e, ancor più, del lavoro del suo intelletto, delle tendenze della sua volontà… L'uomo sembra spesso non percepire altri significati del suo ambiente naturale, ma solamente quelli che servono ai fini di un immediato uso e consumo. Invece, era volontà del Creatore che l'uomo comunicasse con la natura come «padrone» e «custode» intelligente e nobile, e non come «sfruttatore» e «distruttore» senza alcun riguardo". Il testo è consultabile al sito *www.vatican.va*

[110] In particolare Sua Santità sottolineava i rischi legati alla limitatezza delle risorse naturali ed energetiche disponibili. Cfr. Giovanni Paolo II, Lettera enciclica *Sollicitudo rei socialis,* p. 34, in *Enchiridion Vaticanum,* 10, pp. 1694-1925.

[111] Cfr. Giovanni Paolo II, *Pace con Dio creatore. Pace con tutto il creato,* Messaggio per la Giornata mondiale della pace 1990, consultabile al sito *www.vatican.va*.

[112] Giovanni Paolo II, Lettera enciclica *Centesimus Annus*, 1 maggio 1991, p. 37, in *Enchiridion Vaticanum,* 13, pp. 128-131: "Del pari preoccupante, accanto al problema del consumismo e con esso strettamente connessa, è la *questione ecologica.* L'uomo, preso dal desiderio di avere e di godere, più che di essere e di crescere, consuma in maniera eccessiva e disordinata le risorse della terra e la sua stessa vita. Alla radice dell'insensata distruzione dell'ambiente naturale c'è un errore antropologico, purtroppo diffuso nel nostro tempo. L'uomo, che scopre la sua capacità di trasformare e, in un certo senso, di creare il mondo col proprio lavoro, dimentica che questo si svolge sempre

giche quali temi centrali ed essenziali del Magistero della Chiesa cattolica troverà poi definitivo compimento e consacrazione con la pubblicazione del Compendio della Dottrina sociale della Chiesa del 2004, nel quale un intero capitolo, il decimo, verrà intitolato *Salvaguardare l'ambiente*[113].

La terza fase è segnata dal pontificato di Benedetto XVI, il quale ha valorizzato la solida base costruita da Wojtyla ed ha sviluppato ulteriormente la riflessione sui temi ambientali[114], riscrivendo il ruolo che la Chiesa è chiamata ad assolvere nella sfida ecologica globale attraverso un superamento di quell'approccio che vedeva nell'autorinnovamento, nella guida dei fedeli e nella pressione sulle istituzioni il contributo massimo che la Chiesa avrebbe potuto offrire al processo di conversione ecologica[115].

Infatti, da un'interpretazione delle fonti appena richiamate, l'evoluzione dell'impegno ambientale della Chiesa, in termini di una graduale e piena assunzione di responsabilità, si staglia in tutta la sua chiarezza.

Nel Messaggio per la celebrazione della XXIII Giornata Mondiale della Pace del 1990, *Pace con Dio creatore. Pace con tutto il creato*, la responsabilità per l'ambiente è declinata come una responsabilità di tutti: «dei singoli, dei popoli, degli Stati e della comunità internazionale» (p. 15)[116]. Tuttavia, non si fa alcun cenno ad una «responsabilità della Chiesa» nei confronti della tutela dell'ambiente. La stessa impostazione è confermata nel Compendio della Dottrina sociale della Chiesa in cui la responsabilità verso l'ambiente è tratteggiata come «responsabilità comune», ed in particolare delle «autorità chiamate a prendere decisioni» (p. 469) ed impegnate «nella programmazione dello sviluppo economico» con la «necessità di rispettare l'integrità e i ritmi della natura» (p. 470), oltre che di tutti gli uomini chiamati all'adozione di nuovi stili di vita (p. 486). Sulla scia di una comune responsabilità

---

sulla base della prima originaria donazione delle cose da parte di Dio. Egli pensa di poter disporre arbitrariamente della terra, assoggettandola senza riserve alla sua volontà, come se essa non avesse una propria forma ed una destinazione anteriore datale da Dio, che l'uomo può, sì, sviluppare, ma non deve tradire. Invece di svolgere il suo ruolo di collaboratore di Dio nell'opera della creazione, l'uomo si sostituisce a Dio e così finisce col provocare la ribellione della natura, piuttosto tiranneggiata che governata da lui".

[113] Cfr. Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa,* Città del Vaticano, 2005.

[114] Sul tema il Papa emerito si è soffermato in suoi numerosi scritti. Tra questi si ricorda Joseph Ratzinger, *In principio Dio creò il cielo e la terra*, Lindau, Torino, 2006.

[115] In questo senso particolarmente apprezzabili risultano la Lettera enciclica *Caritas in veritate*, nn. 48-51 e il *Messaggio per la Giornata Mondiale della Pace del 2010*, in cui si ribadisce l'essenzialità della tematiche ecologiche nel magistero della Chiesa.

[116] Cfr. Giovanni Paolo II, *Pace con Dio creatore. Pace con tutto il creato,* Messaggio per la Giornata mondiale della pace 1990, consultabile al sito *www.vatican.va*.

dell'umanità per l'ambiente si sono mossi anche gli importanti interventi della Conferenza Episcopale della Germania Occidentale del 23 settembre 1981 dal titolo *Futuro della creazione e futuro dell'umanità*[117], della Chiesa Cattolica e Chiesa Evangelica in Germania che, il 14 maggio 1985, hanno emanato il documento congiunto *Assumersi la responsabilità della creazione*[118], e dell'Episcopato Lombardo, che nel 1988 ha pubblicato un volume, snello ma incisivo, intitolato *La questione ambientale*[119].

Nelle fonti esaminate mancava dunque ogni riferimento ad una diretta assunzione di «responsabilità della Chiesa» nella questione ecologica, rispetto alla quale la sua missione sembrava già ampiamente assolta dall'impegno diretto all'educazione verso nuovi stili di vita e dagli appelli, sicuramente carismatici ed accorati, rivolti a cittadini ed istituzioni per vite e politiche eco-sostenibili[120].

In realtà, l'acquisizione definitiva della tematica ecologica all'interno del patrimonio magisteriale, al contrario, stimolava nuovi studi e nuove approfondimenti, e faceva maturare la necessità di un maggiore coinvolgimento della Chiesa nella sfida alle problematiche ambientali. In particolare, in Italia, questo processo di responsabilizzazione avveniva grazie al contributo promosso dall'Istituto per la giustizia, la pace e la salvaguardia del creato di Bressanone (diretto fino al 2009 da Mons. Prof. Karl Golser), dalla Fondazione Lanza di Padova e dall'Ufficio Nazionale per i problemi sociali e il lavoro[121]. Gli stimoli provenienti da questa profonda rimeditazione[122] si sono

---

117 Cfr. Episcopato Tedesco, *Futuro della creazione, futuro dell'umanità,* 23 settembre 1981, in *Il Regno-Documenti*, 26-1981, pp. 140-145.

118 Cfr. Conferenza Episcopale Tedesca - Chiesa Evangelica Tedesca, *Assumersi la responsabilità della creazione*, cit.

119 Cfr. Conferenza Episcopale Lombarda, *La questione ambientale: aspetti etico-religiosi. Documento pastorale dei Vescovi lombardi*, cit., nonché Conferenza Episcopale Lombarda, *La questione ambientale,* in *Il Regno-Documenti,* 33 - 1988, pp. 631-635.

120 Del resto, il can. 747 - § 2 del *Codex iuris canonici* prevede che «è compito della Chiesa annunciare sempre e dovunque i principi morali anche circa l'ordine sociale, e così pure pronunciare il giudizio su qualsiasi realtà umana, in quanto lo esigono i diritti fondamentali della persona o la salvezza delle anime».

121 «Altri motori reali della crescita della sensibilità ambientale» sono la Caritas, il centro culturale francescano "Oltre il chiostro" di Napoli, il centro "Don Paolo Chiavacci" di Conegliano, i "Bilanci di Giustizia". Così Lorenzo Prezzi, *Chiesa, ambiente e povertà,* cit., p. 9.

122 La bibliografia cui rinviare è davvero sterminata. Pertanto, oltre ai contributi già citati *sub* par. 1, si rinvia, *ex plurimis*, a Karl Golser, *Religioni ed ecologia. La responsabilità verso il creato nelle grandi religioni,* cit., ed a Aa.Vv, *Responsabili per il creato*, a cura di Nicoletta Doro, Elledici-Capitello, Torino, 2005 (opera rivolta all'educazione ambientale e divisa in quattro fascicoli, uno per ogni ordine di scuola), nonchè a Aa.Vv., *Custodire il creato. Teologia, etica e pastorale*, a cura dell'Ufficio nazionale per i problemi sociali e il lavoro della CEI - Servizio nazionale per il progetto culturale della CEI, Edb, Bologna, 2013.

poi manifestati nei lavori delle Conferenze Episcopali Europee, dove si è affermato, per la prima volta, che «la situazione attuale interpella la Chiesa all'assunzione concreta di responsabilità per il creato»[123] e che «la responsabilità per l'ambiente appartiene all'essenza della vita della Chiesa»[124].

Questi primi approdi sono stati sublimati dalla raffinata riflessione di Benedetto XVI, il quale, nella sua Lettera Enciclica del 2009 *Caritas in veritate* afferma, con parole chiarissime, che «*la Chiesa ha una responsabilità per il creato* e deve far valere questa responsabilità anche in pubblico. E facendolo deve difendere non solo la terra, l'acqua e l'aria come doni della creazione appartenenti a tutti. Deve proteggere soprattutto l'uomo contro la distruzione di se stesso»[125]. Le stesse parole sono riprese l'anno successivo in occasione del Messaggio per la celebrazione della XLIII Giornata Mondiale della Pace del 2010 intitolato *Se vuoi coltivare la pace, custodisci il creato*[126]. La Chiesa quindi *deve* assumere una concreta e *pubblica* responsabilità per la tutela dell'ambiente naturale, al fine di offrire un contributo tangibile per la salvaguardia dei doni della creazione e per la protezione dell'uomo dalla sua stessa distruzione, proprio perché è la salvaguardia del creato, sullo sfondo di uno «sviluppo umano integrale»[127], a permettere all'uomo di essere, a sua volta, «salvaguardato nella sua dignità» e nel suo «diritto all'istruzione e alla salute», e di non essere costretto a divenire un «profugo ambientale...vittima di tratta»[128].

Sulla scorta di questo decisivo contributo, le Diocesi si sono rese in-

---

[123] Cfr. Conferenze Episcopali Europee sulla responsabilità per il creato circa il tema: "*Lavoro e responsabilità per il creato*" tenutosi a Venezia, 23-26 maggio. Il documento è consultabile al sito *www.ccee.ch*.

[124] Intervento del Prof. Karl Golser in occasione dell'incontro di Celje, Slovenia 27-30 maggio 1999. Cfr. Consiglio delle Conferenze Episcopali d'Europa, *La Chiesa cattolica in Europa rafforza il suo impegno per l'ambiente,* Comunicato stampa, cit., consultabile all'indirizzo *www.ccee.ch.* Importante, al riguardo è stata anche la Conferenza su "La spiritualità della creazione e le politiche ambientali", tenutasi a Bad Honnef dal 4 al 7 maggio 2000. Cfr. Conferenza Episcopale Italiana, *Atti IV Consultazione delle Conferenze Episcopali Europee sulla responsabilità per il creato*, in *Notiziario,* n. 4 – dicembre 2002, a cura dell'Ufficio Nazionale per i problemi sociali e il lavoro.

[125] Così Benedetto XVI, Lettera enciclica *Caritas in veritate,* n. 51. I corsivi sono originali.

[126] Cfr. Benedetto XVI, *Messaggio per la Giornata Mondiale della Pace del 2010*, p. 12.

[127] Concetto già accennato da Paolo VI nella Lettera enciclica *Popolorum Progressio* del 1967 e ulteriormente affinato da Benedetto XVI, Lettera enciclica *Caritas in veritate*, in particolare p. 48. La salvaguardia del creato è quindi essenziale missione della Chiesa perchè diviene strumento di realizzazione dello sviluppo umano integrale.

[128] Mimmo Francavilla, *L'esperienza pastorale del creato della Diocesi di Andria*, in Aa.Vv., *Per custodire il creato. Riferimenti etici, teologici e pastorali,* a cura dell'Ufficio Nazionale per i problemi sociali e il lavoro. Servizio nazionale per il Progetto culturale, cit., p. 79.

terpreti del ruolo di una «Chiesa custode della Terra»[129], chiamata ad una precisa responsabilità in ordine alla salvaguardia del creato, che diviene essenziale garanzia di piena valorizzazione e sviluppo della persona umana, nonché presidio della sua dignità. Sono stati così istituiti appositi Uffici Diocesani che, sotto differenti denominazioni, si dedicano – esclusivamente o unitamente ad altre finalità affini (pace, giustizia, lavoro) – alla salvaguardia del creato. Allo stato attuale, numerose Diocesi si sono dotate di siffatti Uffici Ecologia o Salvaguardia del creato[130], guadagnando, nei confronti delle autorità civili, una «potestà partecipativa», nel governo del territorio, che le invita, anche in relazione alle questioni ambientali, a «collaborare ed a contribuire fattivamente alla realizzazione del bene comune in un contesto di sussidiarietà orizzontale»[131].

La responsabilità della Chiesa in materia ambientale è stata quindi interpretata dai Vescovi[132] come assunzione di un ruolo concreto di efficace e vigile custodia del creato. In tal senso, il crescente coinvolgimento della Chiesa nella sfida ecologica risponde alla necessità di garantire efficacia a siffatta azione di custodia, che, lungi dal risolversi nel solo annuncio della Parola, passa necessariamente anche dalla «denuncia di ciò che viola per avidità la sacralità della vita e il dono della terra»[133], come affermato nella Settima Giornata per la Salvaguardia del Creato. Che l'assunzione di responsabilità in materia di ambiente faccia identificare la Chiesa stessa come «custode della Terra» sembra essere anche confermata dalla scelta della CEI di sostituire, a partire dal 1° settembre 2013, al termine «salvaguardia» il termine «custodia» per indicare le giornate ecumeniche di tutela del creato, appun-

---

[129] Cfr. Commissione Episcopale per i problemi sociali e il lavoro, la giustizia e la pace - Commissione Episcopale per l'ecumenismo e il dialogo, *Educare alla custodia del creato per sanare le ferite della terra,* Messaggio per la Settima Giornata per la Salvaguardia del Creato, 1° settembre 2012. Il documento è consultabile al seguente indirizzo web *http://www.webdiocesi.chiesacattolica.it/cci_new/allegati/37076/Sussidio-Creato-2012.pdf*

[130] Cfr. il sito internet *www.reteinterdiocesana.wordpress.com*

[131] Così, mi sia consentito il rinvio, Fabio Balsamo, *La Chiesa della Terra dei fuochi contro le ecomafie*, cit., p. 355. Sul concetto di bene comune per il diritto canonico si rinvia a Aa.Vv., *Diritto canonico e servizio della carità*, a cura di Jesus Minambres, Giuffrè, Milano, 2008, nonchè Salvatore Berlingò, *Giustizia e carità nell'economia della Chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1991.

[132] In questo senso fondamentale si è rivelata la sensibilità dei Vescovi di quei territori colpiti da disastri ambientali. In particolare ci si riferisce al caso Eternit a Casale Monferrato ed allo sversamento illecito dei rifiuti in Campania. Cfr. Fabio Balsamo, *La Chiesa della Terra dei fuochi contro le ecomafie*, cit.

[133] Così il Messaggio dei Vescovi per la Settima Giornata per la Salvaguardia del creato. Per il testo cfr. il seguente *link http://www.chiesacattolica.it/unpsl/siti_di_uffici_e_servizi/ufficio_nazionale_per_i_problemi_sociali_e_il_lavoro/00033143_7__Giornata.html*

to denominate, dall'Ottava edizione, Giornate per la «custodia» del creato. Questa opzione si fa apprezzare per la sua profondità, ove ci si concentri sull'effettivo significato del termine custodia. Tale vocabolo, infatti, rispetto alla locuzione «salvaguardia» – che sembra richiamare un atteggiamento di protezione e di attivazione solo in presenza di un pericolo – sembra suggerire un atteggiamento attivo che richiede una costante azione di vigilanza, di assistenza e di protezione.

Di conseguenza la Chiesa, di fronte alla natura, sembra essere chiamata ad abbandonare un atteggiamento passivo per vestire i panni del custode che ha cura del creato, che preserva dai pericoli e che provvede alla necessità, giungendo, di fronte agli scempi, finanche ad un'azione di denuncia, ritenuta un «vero obbligo morale, anche della Chiesa»[134].

La «denuncia davanti ai disastri » è considerata un «impegno delle Chiese» anche nel Messaggio per la Nona Giornata per la custodia del creato (1° settembre 2014), perché «la custodia del creato è fatta anche di una chiara denuncia nei confronti di chi viola quest'armonia»[135].

Pertanto, alla luce delle ultime considerazioni, sembra potersi asserire che sia giunto a compimento quel lungo processo di maturazione di una piena assunzione di responsabilità ambientale in capo alla Chiesa. L'immagine che ne scaturisce è quella di una Chiesa ormai pronta ad offrire un pieno contributo alla custodia del creato, attraverso l'annuncio della Parola, attraverso un atteggiamento esemplare, ma soprattutto attraverso un concreto impegno diretto alla vigilanza del territorio ed alla denuncia di quegli scempi che, spezzando l'armonia tra uomo e natura, avvelenano il pianeta ed impediscono uno sviluppo integrale della persona umana.

4. *La partecipazione degli enti religiosi alla costruzione di una matura "democrazia ambientale"*

La necessità di custodire il creato per garantire un pieno ed integrale sviluppo dell'uomo è un impegno che la Chiesa, all'esito di quel lungo processo che ha condotto ad una sua progressiva assunzione di responsabilità nei ri-

---

[134] Questa è la posizione del Cardinale di Napoli Crescenzio Sepe di fronte all'emergenza rifiuti in Campania. Cfr. *Napoli, firmato il patto per la Terra dei Fuochi*, in *Avvenire*, 12 luglio 2013.

[135] Cfr. Commissione Episcopale per i problemi sociali e il lavoro, la giustizia e la pace - Commissione Episcopale per l'ecumenismo e il dialogo, *Educare alla custodia del creato, per la salute dei nostri paesi e delle nostre città,* Messaggio per la Nona Giornata per la custodia del creato (1° settembre 2014). Il documento è consultabile al *link http://www.chiesacattolica.it/documenti/2014/06/00017066_messaggio_per_la_9_giornata_per_la_custod.html*

guardi della questione ecologica globale, sente di dover assolvere attraverso una costante vigilanza ed un attento monitoraggio dello stato dell'ambiente[136]. Per la Chiesa, la buona riuscita di questo compito, a differenza di ciò che può valere per le altre confessioni religiose, è senz'altro favorita dal suo penetrante radicamento nel territorio italiano, garantito dall'articolazione in enti di struttura quali Parrocchie e Diocesi[137]. Ma anche la Chiesa, nonostante la sua capillare strutturazione, non potrebbe attendere ad un'efficace azione di custodia dell'ambiente senza un accesso alle relative informazioni. A maggior ragione, l'accesso a tali informazioni diviene ancora più essenziale per le altre confessioni religiose, sprovviste di questa fitta rete territoriale. Occorre pertanto verificare – alla luce di questo nuovo ruolo della Chiesa come «custode della Terra» e del comune impegno delle confessioni religiose verso una conversione ecologica – se vi sia spazio, nell'ordinamento giuridico italiano, per un riconoscimento, in capo agli enti religiosamente ispirati, di un ruolo effettivo nell'azione di tutela dell'ambiente[138]. È, quindi, anche in questa sfida, che si misura il grado di compiutezza della costruzione di una "democrazia ambientale".

Costruire una democrazia ambientale significa garantire il più ampio coinvolgimento del "pubblico" all'accesso alle informazioni ambientali, alla partecipazione ai processi decisionali ed all'accesso alla giustizia in materia ambientale[139]. La Convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998, ratificata dallo Stato Italiano con la legge 16 marzo 2001, n. 108[140], riconosce e disciplina minuziosamente questi tre diritti, ritenendoli basilari «per contribuire a tutelare il diritto di ogni persona, nelle generazioni presenti e future, a vivere in un ambiente atto ad assicurare la sua salute e il suo benessere»

---

136 Pur trattandosi di una situazione avente caratteri di eccezionalità, emblematico è l'impegno dei parroci della Terra dei Fuochi che si sono impegnati a sorvegliare i territori al fine di impedire i roghi di rifiuti tossici. Cfr. Fabio Balsamo*, La Chiesa della Terra dei fuochi contro le ecomafie*, cit., p. 353.

137 Sull'organizzazione delle Chiese particolari si rinvia, su tutti, a Patrick Valdrini*, Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2013, in particolare pp. 17-97.

138 Secondo recente dottrina anche alle comunità religiose potrebbe essere affidata la gestione in *trust* di risorse ambientali. Cfr. Francesco Sorvillo, *Eco-fede. Uomo, natura, culture religiose*, cit., p. 113 ss.

139 I tre diritti menzionati costituiscono i tre pilastri della cd. "democrazia ambientale". Cfr., Aa.Vv., *La Convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, a cura di Attila Tanzi-Elena Fasoli-Lucia Iapichino Cedam, Padova, 2011. Il testo della Convenzione è consultabile sul sito ufficiale della Commissione Economica per l'Europa delle Nazioni Unite, all'indirizzo internet *http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43ital.pdf.* Per approfondimenti si rinvia a John Harrison, *Legislazione ambientale europea e libertà di informazione: la Convenzione di Aarhus*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, fascicolo I, 2000, pp. 27-46.

140 La Convenzione è entrata in vigore in Italia il 30 ottobre 2001.

(art. 1)[141]. La necessità di permettere un pieno sviluppo della persona umana attraverso la tutela dell'ambiente naturale[142] costituisce dunque il fondamento della politica di allargamento dei soggetti investiti dei menzionati diritti[143], ed in questo ampliamento dei soggetti chiamati ad intervenire nel "governo partecipato" dell'ambiente sembrano reclamare un loro spazio, alla luce di quanto evidenziato, anche gli enti religiosi.

In effetti, il tenore della Convenzione non sembra opporsi ad una tale conclusione. Infatti, da un'analisi delle disposizioni pattizie non sembrerebbe precluso alcun riconoscimento, in capo agli enti religiosi, di una qualche forma di cittadinanza in seno a siffatta "democrazia ambientale". Pertanto, a nostro avviso, tanto l'art. 2, quarto comma[144] della Convenzione, quanto l'art. 2, quinto comma delineano un concetto di "pubblico" e di "pubblico interessato" decisamente ampio[145], in grado di ricomprendere, con i necessari adattamenti, anche gli enti religiosi, cattolici e non[146].

In particolare, gli enti religiosi possono affiancare alla loro finalità istituzionale ulteriori e diverse finalità[147]. Infatti, la legge non impedisce a questi

---

141 Il riferimento alle generazioni presenti e future sembra rievocare quel concetto di solidarietà intergenerazionale caro all'approccio delle confessioni religiose rispetto alle tematiche ambientali.

142 Approccio pienamente conforme all'impostazione sostenuta da Benedetto XVI. Cfr. Benedetto XVI, Lettera enciclica *Caritas in veritate*, in particolare p. 51.

143 Infatti «un più ampio accesso alle informazioni» contribuisce a «sensibilizzare il pubblico alle tematiche ambientali», favorendo «uno sviluppo sostenibile» ed un miglioramento dello stato dell'ambiente.

144 Per "pubblico" si intende «una o più persone fisiche o giuridiche e, ai sensi della legislazione o della prassi nazionale, le associazioni, le organizzazioni o i gruppi costituiti da tali persone»: art. 2, quarto comma della Convenzione di Aarhus.

145 Per "pubblico interessato" si intende «il pubblico che subisce o può subire gli effetti dei processi decisionali in materia ambientale o che ha un interesse da far valere al riguardo; ai fini della presente definizione si considerano titolari di tali interessi le organizzazioni non governative che promuovono la tutela dell'ambiente e che soddisfano i requisiti prescritti dal diritto nazionale»: art. 2, quinto comma della Convenzione di Aarhus.

146 Sul concetto di ente religioso e sulla sua sovrapponibilità al concetto di "ente con fine di religione e di culto" di cui all'art. 20 Cost., cfr. Mario Ricca, *Art. 20 della Costituzione ed enti religiosi: anamnesi e prognosi di una norma «non inutile»*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, II, Cedam, Padova, 2000; Marco Parisi, *Gli enti religiosi nella trasformazione dello stato sociale*, Jovene, Napoli, 2004; Andrea Bettetini, *Art. 20*, in Aa.Vv., *Commentario della Costituzione*, a cura di Raffaele Bifulco-Alfonso Celotto-Marco Olivetti, Giappichelli, Torino, 2006, I, p. 441 ss.; Antonio Fuccillo, *Società di capitali, enti religiosi e dinamiche interculturali*, in Aa.Vv., *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, a cura di Antonio Fuccillo, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 1-21.

147 Cfr. Antonio Fuccillo, *La funzione solidaristica delle formazioni sociali di interesse religioso: nuove prospettive, in* Aa.Vv., *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, a cura di Valerio Tozzi-Gianfranco Macrì-Marco Parisi, Giappichelli, Torino, 2010, p. 316 ss.

enti di esercitare, accanto al prevalente fine di religione e di culto, un'attività diretta alla tutela dell'ambiente. Anzi, ciò è espressamente previsto per l'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto[148], che può assumere la qualifica di impresa sociale[149], realizzando, oltre al prevalente fine di religione e di culto, un'attività diretta alla «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema»[150]. Lo stesso vale quando l'ente intenda acquisire la qualifica di ONLUS[151], in virtù dello svolgimento di una secondaria attività diretta alla «tutela ed alla valorizzazione dell'ambiente»[152]. In altri termini, l'ordinamento consente, ed anzi promuove attraverso le previste agevolazioni fiscali[153], l'esercizio della finalità di tutela dell'ambiente, che gli enti religiosamente ispirati, in un'ottica confessionale, esercitano come attività di "custodia del creato".

---

[148] L'art. 1, terzo comma del D. Lgs. 155/2006 contempla gli enti ecclesiastici e gli enti delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese. Pertanto, gli enti delle confessioni prive di intesa potranno assumere la qualifica di impresa sociale e di Onlus (D. Lgs. 460/1997) alla stregua delle altre «organizzazioni private». Sugli enti ecclesiastici si rinvia *ex plurimis* a Paolo Picozza, *L'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto,* Giuffrè, Milano, 1992 ed a Pierangela Floris, *L'ecclesiasticità degli enti. Standard normativi e modelli giurisprudenziali,* Giappichelli, Torino, 1997, Antonio Fuccillo, *Le nuove frontiere dell'ecclesiasticità degli enti*, Jovene, Napoli, 1999, nonchè ai più recenti contributi di Giuseppe Rivetti, *Enti ecclesiastici* IV), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 2005, vol. XIII, pp. I-VII; Salvatore Berlingò, *Enti ecclesiastici – Enti delle confessioni religiose,* in *Il diritto – Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore,* VI, Milano, 2007, p. 39 ss.; Paolo Cavana, *Gli enti ecclesiastici nel sistema pattizio,* II ed., Giappichelli, Torino, 2011; Antonio Fuccillo, *Giustizia e Religione*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2011, p. 9 ss.; Andrea Bettetini, *Gli enti e i beni ecclesiastici. Art. 831,* II ed., Giuffrè, Milano, 2013; Antonio Fuccillo-Raffaele Santoro, *Giustizia, diritto, religioni: percorsi di diritto ecclesiastico civile*, Giappichelli, Torino, 2014..

[149] Cfr. Francesco Alleva, *L'impresa sociale italiana*, Giuffrè, Milano, 2007; Antonio Fuccillo, *Disciplina dell'impresa sociale. Commento al decreto legislativo 155/2006*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 1, 2007, pp. 317-336; Patrizia Clementi, *Il "ramo onlus" dell'ente ecclesiastico*, in *exLege*, n. 2, 2006, pp. 53-60; Pierluigi Consorti, *La disciplina dell'impresa sociale e il 5 per mille*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, n. 2, 2006, pp. 457-474; Andrea Bettetini, *Ente ecclesiastico civilmente riconosciuto e disciplina dell'impresa sociale. L'esercizio in forma economica di attività socialmente utili da parte di un ente religioso*, in *Ius Ecclesiae*, n. 18, 2006, pp. 719-740; Andrea Bettetini-Simona Giacchi, *Gli enti ecclesiastici e la disciplina dell'impresa sociale*, in *Diritto e Religioni*, 10, 2- 2010, pp. 127-161.

[150] Secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 1, lett. e) del D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155. Cfr. Angela Patrizia Tavani, *"Frate sole" e il fotovoltaico. Il ruolo della parrocchia e la tutela dell'ambiente tra normativa statale e Magistero della Chiesa cattolica*, cit., pp. 1-2.

[151] Ai sensi dell'art. 10, 1° comma, lett. a), punto 8) del D.Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460. Si rinvia, *ex plurimis*, ad Angela Patrizia Tavani, *Rassegna ricostruttiva in materia di Onlus di ispirazione religiosa*, in *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it*, maggio 2011. Cfr. inoltre Antonio Guarino, *Ripensare le Onlus?*, in *Diritto e Religioni*, 1-2011, pp. 160-174.

[152] Sulla conciliabilità tra la qualifica di impresa sociale e la qualifica di Onlus si rinvia ad Antonio Guarino, *Impresa sociale e onlus: due qualifiche inconciliabili? (Una possibile soluzione dal diritto ecclesiastico),* in *Diritto e Religioni*, 17, 1-2014, pp. 221-228.

[153] Cfr. Giuseppe Rivetti, *La disciplina tributaria degli enti ecclesiastici. Profili di specialità tra attività no profit o for profit*, Giuffrè, Milano, 2008, nonché Pierluigi Ronzani, *Il regime tributario degli enti ecclesiastici*, Cedam, Padova, 2000.

Un discorso a parte meritano gli Uffici per la Salvaguardia del Creato, istituiti in numerose Diocesi della Chiesa, espressione degli avanzati risultati della riflessione magisteriale cattolica in materia di custodia del creato[154] e probabilmente chiamati a svolgere un ruolo pionieristico nel contributo delle confessioni religiose alla piena affermazione di una democrazia ambientale.

A questo punto, al fine di identificare il potenziale ambito di operatività di siffatti enti ed Uffici, non resta che verificare quali siano le condizioni cui l'ordinamento giuridico italiano, applicando (o più probabilmente disattendendo) la normativa internazionale, subordina l'esercizio di un effettivo diritto di accesso alle informazioni ed alla giustizia in materia ambientale[155].

5. *Ambiente e religioni nell'ordinamento giuridico italiano: verso nuove forme di tutela giuridica del creato sullo sfondo di un associazionismo ambientalista religiosamente ispirato*

5.1 *Enti religiosi e diritto di accesso alle informazioni ambientali*

Il diritto di accesso alle informazioni ambientali, atteggiandosi ad istituto speciale rispetto al generale diritto di accesso agli atti ed ai documenti amministrativi previsto dagli art. 22 ss. della legge 241/1990, risulta regolato dal vigente D.Lgs. 19 agosto 2005, n. 195, che ha attuato la direttiva comunitaria 2003/4/CE di recepimento della Convenzione di Aahrus (art 4)[156]. L'art. 3 del D.Lgs. 195/2005 prescrive che «l'autorità pubblica rende disponibile, secondo le disposizioni del presente decreto, l'informazione ambientale detenuta a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse». Dunque, differentemente da quanto previsto per l'accesso ai documenti amministrativi – per cui la legge 241/1990 richiede la sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale – il diritto all'accesso alle informazioni di interesse ambientale può essere esercitato da chiunque

---

[154] Si rinvia a quanto argomentato *sub* par. 3.

[155] Si esprime per la non conformità del diritto italiano con gli obblighi convenzionali derivanti dalla ratifica della Convenzione di Aarhus, in particolare riferimento alla questione dell'accesso alla giustizia ambientale, Elena Fasoli, *Associazioni ambientaliste e procedimento amministrativo in Italia alla luce degli obblighi della Convenzione UNECE di Aarhus del 1998,* in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2012, pp. 331- 353.

[156] La disciplina dell'accesso alle informazioni ambientali è stata introdotta nel nostro ordinamento con l'art. 14 della legge 349/1986 (istitutiva del Ministero dell'Ambiente). La materia è stata successivamente integrata dal D.Lgs. 39/1997, di attuazione della direttiva n. 90/313/CEE, prima di essere rivisitata integralmente dalla direttiva 2003/4/CE di attuazione della Convenzione di Aarhus.

(singoli o associati, persone fisiche o persone giuridiche)[157], a prescindere dall'accertamento dell'interesse sotteso alla richiesta. Inoltre, il D.Lgs. 195/2005, adeguandosi alla portata della direttiva 2003/4/CE, ha inteso estendere l'ambito oggettivo dell'accesso, ricomprendendo nella nozione di informazione ambientale non solo le informazioni sullo stato dell'ambiente, ma anche quelle relative alla salute umana ed alle politiche ambientali[158].

Tale «legittimazione "atitolata" e soggettivamente "indiscriminata"» è «volta a instaurare un regime di integrale pubblicità dell'informativa ambientale che si muove nella duplice direzione della diffusione delle conoscenze (cd. informazione attiva) e dell'accessibilità delle stesse (c.d. informazione passiva)». Ciò avviene «in funzione del supremo interesse alla tutela ambientale»[159], ed il soddisfacimento di questa preminente finalità prevale anche rispetto al possibile rischio di «iniziative strumentali, da parte di soggetti che, attraverso il grimaldello rappresentato dall'"ambiente", cerchino vieppiù di dilatarne la nozione, allo scopo di acquisire informazioni in settori in realtà non ricompresi in quell'ambito»[160].

Alla luce della normativa vigente, si può quindi concludere a favore della legittimazione attiva degli enti religiosi e degli Uffici diocesani per la Salvaguardia del Creato in ordine all'accesso alle informazioni ambientali. Di conseguenza, tanto gli enti religiosi, quanto gli Uffici per la Salvaguardia del creato, insinuandosi nelle maglie larghe dell'attuale disciplina[161], possono controllare lo stato di salute dell'ambiente esercitando il loro diritto all'accesso alle informazioni ambientali[162].

---

157 Sembrano quindi trovare ingresso anche gli enti ecclesiastici e gli enti con fine di religione e di culto, a prescindere dalla personificazione. In questo senso sembra far propendere l'art. 2, comma quarto della Convenzione laddove menziona le «associazioni, le organizzazioni o i gruppi costituiti» come soggetti titolari del diritto di accesso. Questa interpretazione è ulteriormente confermata dall'art. 2, quinto comma della Convenzione, che fa espresso riferimento, nell'ambito di tali «associazioni, le organizzazioni o gruppi», anche alle organizzazioni non governative.

158 Cfr. Chiara Mari, *L'accesso alle informazioni ambientali: specialità o autonomia?,* in *www.giustamm.it*, 2010, nonché Viviana Fox, *Il diritto all'informazione ambientale*, in *www.ambientediritto.it*, nonché Donata Borgonovo Re, *Informazione ambientale e diritto di accesso*, in Aa.Vv., *Codice dell'ambiente*, a cura di Stefano Nespor-Ada Lucia De Cesaris, Giuffrè, Milano, II ed., 2003, p. 1133 ss.

159 «Affrancata da vincoli, legami e condizioni connessi all'interesse individuale, con conseguente coincidenza formale e sostanziale tra tutela dell'ambiente e tutela dell'informazione ad esso inerente». Così Francesco Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica, Barletta, 2014, p. 1044.

160 Così Luca De Pauli, *L'interesse ambientale nel procedimento,* in *Jus*, 2001, p. 349.

161 In materia di accesso alle informazioni ambientali la disciplina interna appare pienamente conforme agli obblighi assunti a livello internazionale con la Convenzione di Aarhus.

162 Salvo, naturalmente, i casi di esclusione previsti dall'art. 5 del D.Lgs. 195/2005. Ai sensi dell'art.

Questa possibilità, a ben vedere, segna un passo fondamentale verso una fattiva partecipazione degli enti religiosamente ispirati alla vita della "democrazia ambientale", costituendo il presupposto per una loro efficace, preventiva e mirata azione di custodia del creato e per un corretto, informato e non arbitrario, esercizio del dovere di denuncia[163], a difesa del bene comune, dinanzi agli scempi perpetrati[164].

5.2 *Enti religiosi e tutela giurisdizionale degli interessi diffusi in materia ambientale. Le possibili soluzioni per il riconoscimento di una loro legittimazione processuale attiva*

Affermata la sussistenza di un diritto di accesso alle informazioni ambientali anche per i soggetti religiosamente ispirati, si pone ora il problema di verificare fino a che punto l'ordinamento giuridico italiano consenta agli enti religiosi ed agli Uffici diocesani per la Salvaguardia del creato di offrire

---

5 del D.Lgs 195/2005 l'accesso è escluso quando la richiesta sia irragionevole, lacunosa o esorbiti dalla disponibilità dell'amministrazione e quando lo stesso venga a configgere con interessi primari dell'ordinamento, come il diritto alla riservatezza, all'ordine ed alla sicurezza pubblica.

[163] Pur trattandosi della tutela di un bene culturale e non di ambiente in senso stretto, è emblematico quanto accaduto il 15 agosto 2013 a Terni, dove l'Ufficio per i beni culturali ecclesiastici della Diocesi, insieme alle associazioni ambientaliste Italia Nostra e WWF, ha denunciato al Ministero per i beni culturali, oltre che alla Procura della Repubblica, le distruzioni causate dagli schiamazzi verificatisi in occasione della festa del Partito Democratico del 2012 nel cortile del Duomo in collegamento con la Passeggiata di Terni (orto botanico e *lapidarium* all'aperto, beni vincolati ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 42/2004). Di fronte alla decapitazione di una scultura del '700 e della frantumazione di una lapide marmorea di particolare pregio, l'Ufficio per i beni culturali ecclesiastici della Diocesi ha richiesto la revoca, in via di autotutela, dell'autorizzazione, già accordata, per la celebrazione, nell'anno successivo, della medesima festa. Per ulteriori informazioni si rinvia al seguente *link*: *http://www.umbria24.it/terni-la-diocesi-contro-il-pd-per-la-passeggiata-prima-della-festa-viene-la-tutela-del-parcmlo/201808.ht.*

[164] Gli enti religiosi possono essere colpiti direttamente da un danno ambientale o anche coinvolti nel procedimento relativo all'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino. Pertanto ad essi, in tali casi, possono applicarsi gli artt. 309-310 del D.Lgs. 152/2006, secondo cui «le regioni, le province autonome e gli enti locali, anche associati, nonché le persone fisiche o giuridiche che sono o che potrebbero essere colpite dal danno ambientale o che vantino un interesse legittimante la partecipazione al procedimento relativo possono presentare al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, depositandole presso le Prefetture - Uffici territoriali del Governo, denunce e osservazioni, corredate da documenti ed informazioni, concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno ambientale e chiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente a norma della parte sesta del decreto» (art. 309, primo comma). Per cui anche gli enti religiosi potrebbero essere legittimati ad agire, secondo i principi generali, per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale (art. 310, primo comma).

un tangibile contributo alla custodia dell'ambiente attraverso un potenziale accesso alla giustizia ambientale.

La disciplina legislativa dettata in materia di accesso alla giustizia ambientale può essere riassunta dal combinato disposto degli artt. 13, primo comma e 18, quinto comma della legge 8 luglio 1986, n. 349[165], secondo cui le associazioni di protezione ambientale – che siano state individuate con decreto del Ministro dell'ambiente sulla scorta di una loro diffusione territoriale nazionale (o in almeno cinque regioni) e sulla base del perseguimento di finalità programmatiche di tutela ambientale, della democraticità delle strutture[166] e della continuità e rilevanza dell'attività associativa – possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento degli atti illegittimi.

Il testo normativo crea, ancora oggi, non pochi problemi interpretativi in dottrina e giurisprudenza, divise tra chi, aderendo ad un orientamento più restrittivo, intende radicare la legittimazione processuale attiva solo in capo a siffatte associazioni[167], e chi, al contrario, sostiene che l'art. 13, primo comma abbia solamente introdotto un «ulteriore titolo di legittimazione all'impugnazione dei provvedimenti illegittimi, senza per ciò stesso far venire meno i criteri elaborati dalla giurisprudenza»[168] già prima dell'entrata in vigore della legge 349/1986. In altri termini, si discute se la legittimazione delle associazioni ambientaliste passi da un binario unico (artt. 13 e 18, quinto comma l. 349/1986) o da un sistema a doppio binario[169], in cui, accanto all'impianto delineato dalla legge si affianchi l'accertamento pretorio, condotto caso per caso, sull'esistenza «di un concreto e stabile collegamento dell'associazione con un dato territorio, tale da rendere localizzabile l'interesse esponenziale»[170]. Di conseguenza, secondo quest'ultima

---

[165] L'art. 18, quinto comma non è stato abrogato dal D. Lgs. 152/2006.

[166] La democraticità interna si sostanzierebbe nell'esistenza di un diritto di recesso dall'associazione e nell'elettività delle cariche. Cfr. Michele Ainis, *Questioni di «democrazia ambientale»: il ruolo delle associazioni ambientaliste*, in *Rivista giuridica dell'ambiente,* 1995, 2, pp. 217-239.

[167] È questo l'orientamento maggioritario in giurisprudenza. Cfr. Francesca Orlini*, Ancora sulla legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2007, p. 365; Vincenzo Montanari, *Sulla* legitimatio ad causam *delle associazioni ambientalistiche periferiche e di comitati spontanei*, in *Giustizia amministrativa*, 2007, p. 678 ss.

[168] Così Elena Fasoli, *Associazioni ambientaliste e procedimento amministrativo in Italia alla luce degli obblighi della Convenzione UNECE di Aarhus del 1998*, cit., pp. 335-336.

[169] Sulla tesi del doppio binario si rinvia a Beniamino Caravita, *Diritto dell'ambiente*, II edizione, Il Mulino, Bologna, 2010, nonché Aa.Vv, *Lezioni di diritto dell'ambiente*, a cura di Rosa Rota, Aracne, Roma, 2009, in particolare pp. 160-162.

[170] Così Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2151. Cfr. Marco Brocca, *Le associazioni*

lettura[171], in aggiunta al riconoscimento affidato al Ministro dell'Ambiente opererebbe quello di stampo giurisprudenziale, fondato sulla verifica della coincidenza tra «i fini statutari di una singola associazione con la protezione dell'ambiente della zona oggetto del provvedimento impugnato, unitamente alla non occasionalità dell'obiettivo di tutela ambientale e al grado di stabilità dell'associazione, oltreché alla partecipazione procedimentale alla formazione dell'atto conclusivo»[172].

In effetti, tale indirizzo – nonostante lo sfavore della giurisprudenza del Consiglio di Stato[173], mosso anche dalla «preoccupazione per un'eccessiva proliferazione di ricorsi da parte delle numerose articolazioni locali delle associazioni ambientaliste»[174] – sembrerebbe essere sostenuto da una serie di ragioni.

In primo luogo, non va sottaciuto che la graniticità del prevalente orientamento del Consiglio di Stato si stia man mano scalfendo di fronte a sempre meno episodiche pronunce dirette ad abbracciare la tesi del doppio binario di legittimazione processuale[175].

Un ulteriore rilievo deriva dalla circostanza che l'interpretazione maggioritaria accolta dalla giurisprudenza non tiene adeguatamente in conto che la legge 349/1986 vada interpretata alla luce del mutato quadro costituzionale.

---

ambientaliste al cospetto del Giudice amministrativo: questioni di legittimazione processuale, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 3-4, 2005, pp. 573-580.

[171] Prevalente in dottrina, ma minoritaria in giurisprudenza.

[172] Riassume in questi termini i criteri elaborati dalla giurisprudenza *ante legem* 349/1986 Elena Fasoli, *Associazioni ambientaliste e procedimento amministrativo in Italia alla luce degli obblighi della Convenzione UNECE di Aarhus del 1998*, cit., p. 336. Cfr. inoltre Angelo Maestroni, *Associazioni ambientali e interessi diffusi*, in Aa.Vv., *Codice dell'ambiente*, a cura di Stefano Nespor-Ada Lucia De Cesaris, cit., p. 494 ss.

[173] Il Consiglio di Stato aderisce alla tesi del binario unico, ed, anche di recente, ha negato il riconoscimento della legittimazione processuale in capo alle articolazioni territoriali delle associazioni nazionali. Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1382. La sentenza è consultabile sulla Rivista *Giustizia Amministrativa,* 1, 2011, p. 450.

[174] Francesco Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1893.

[175] In particolare si cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 4 settembre 2012, n. 2220, secondo cui «il potere ministeriale di effettuare l'accertamento dell'effettivo grado di rappresentatività del soggetto collettivo che opera per la difesa degli interessi ambientali non preclude la possibilità che la verifica della sussistenza della legittimazione processuale abbia luogo, caso per caso, ad opera del giudice amministrativo o di quello ordinario ai fini risarcitori, sulla scorta di indici di rappresentatività di matrice pretoria, ai quali viene condizionata in concreto l'azionabilità degli interessi collettivi, in assenza di una disciplina positiva *ad hoc*». Cfr. Francesco Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 34. Nello stesso senso cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 aprile 2013, n. 2095, in cui la legittimazione processuale attiva è però subordinata ad uno specifico e concreto pregiudizio subito. Cfr. Aa.Vv., *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, a cura di Maurizio Santise, Giappichelli, Torino, 2014, p. 349.

Infatti, nell'ambito della radicale modifica del Titolo V della Costituzione, assume valore pregnante il principio di sussidiarietà[176], che lo Stato, le Regioni, le Province ed i Comuni sono tenuti a rispettare favorendo l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale (art. 118, ultimo comma Cost.). La rilevanza costituzionale attribuita al principio di sussidiarietà, nella sua dimensione verticale ma soprattutto orizzontale, non sembra dunque giustificare un atteggiamento di tale rigore nei confronti di quelle associazioni di cittadini che perseguono, sul piano collettivo, una finalità premiale, quale la tutela dell'ambiente[177]. Pertanto, adottare la tesi del binario unico, finirebbe con il depotenziare quelle associazioni a carattere locale, che, in ossequio a detto principio di sussidiarietà, risulterebbero, al contrario, proprio le effettive titolari degli interessi ambientali lesi[178].

Inoltre, la dottrina segnala che attribuire portata esclusiva al riconoscimento ministeriale della legittimazione, porterebbe con sé il rischio di una violazione di quelle disposizioni costituzionali poste a garanzia, in presenza di un interesse legittimo, del diritto di difesa e del diritto di ricorrere in giudizio (artt. 24, 103 e 113 Cost.), diritto senz'altro esercitabile anche a livello collettivo (art. 2 Cost.)[179].

---

[176] Sull'importanza del principio di sussidiarietà nel diritto ambientale cfr. RENATO ROLLI, *Le "variabili" nella disciplina ambientale*, cit., p. 69.

[177] Sull'ambiente come bene da tutelare si rinvia a GIUSEPPE PERICU, *s.v. Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo*, in *Digesto IV, discipline pubblicistiche,* Torino, 1994, p.189 ss; STEFANO GRASSI, *s.v. Tutela dell'ambiente (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, 2007, p. 1114 ss; FRANCESCO FONDERICO, *s.v. Ambiente (tutela dell')*, in *Treccani giuridica*, Roma, 2008, p. 1 ss.; MARIO MONTINI, *Profili di diritto internazionale*, in AA.VV., *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di PAOLO DELL'ANNO-EUGENIO PICOZZA, I, Padova, 2012, p. 9 ss. Sia consentito infine un rinvio a MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale,* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1971, p. 1122, il quale osserva: «mentre in precedenti periodi c'è stato un equilibrio tra il fatto creativo e il fatto distruttivo dell'uomo, oppure con altro ordine di concetti, l'uomo come creatore ha prevalso sull'uomo distruttore, oggi questo equilibrio si è rotto e prevale l'elemento negativo: le forze distruttive sono maggiori delle forze costruttive».

[178] Difatti, in tal modo, resterebbero «sforniti di possibilità di tutela anche quegli interessi diffusi condensatisi quali interessi collettivi in associazioni a carattere locale, zonale o regionale, le quali, il più delle volte son proprio quelle che hanno maggiormente a cuore le sorti del territorio, delle acque e degli altri beni ambientali esistenti nella zona in cui sono presenti». Così LUCIO FRANCARIO, *Danni ambientali e tutela civile*, Jovene, Napoli, 1990, pp. 268-269. Cfr. inoltre ANTONIO D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà: tra valori e regole*, in *Quaderni costituzionali*, 21, 2001, pp. 13-34; ID., *La sussidiarietà: tra valori e regole*, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 2004, pp. 69-71.

[179] Anzi, la difesa degli interessi diffusi, quali sono appunto gli interessi ambientali, lungi dal poter essere efficacemente attuata a livello individuale, richiede, per una sua effettività, una dimensione necessariamente collettiva. Per la riconducibilità degli interessi ambientali a quelli diffusi si rinvia, su tutti, a VITTORIO DENTI, *Interessi diffusi*, in *Novissimo digesto italiano*, *Appendice,* IV, Utet, Torino,

Infine, la contestata interpretazione degli artt. 13 e 18, quinto comma della l. 349/1986 sembra porsi anche in contrasto con l'art. 9 della Convenzione di Aarhus, la quale, al fine di stabilire i requisiti base di accesso alla giustizia ambientale, richiede semplicemente la sussistenza di un «interesse sufficiente». Di conseguenza, anche alla luce delle numerose sentenze della Corte di Giustizia[180], la normativa italiana in materia manifesta, così come interpretata, tutta la sua inadeguatezza. Occorrerebbe quindi interpretare le disposizioni in esame ricavandone una disciplina conforme agli obblighi assunti a livello internazionale dallo Stato italiano, o quantomeno allineata all'interpretazione proposta dalla Corte.

Pertanto, si auspica che questo orientamento, maggiormente confacente ad una piena valorizzazione dei principi costituzionali ed internazionali, trovi, al più presto, ampio seguito in quella giurisprudenza ancora arroccata sulla posizione tradizionale. Qualora ciò avvenisse parrebbe potersi rinvenire uno spazio per il riconoscimento di un'astratta legittimazione processuale in capo agli enti religiosi esercenti una complementare attività di tutela dell'ambiente ed alla Diocesi rappresentata dagli Uffici per la salvaguardia del creato. A tali soggetti infatti non dovrebbe essere precluso, a monte, l'accesso ai giudizi per danno ambientale ed ai ricorsi in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento degli atti illegittimi, giacché, secondo l'opinione sostenuta, dovrebbe essere il giudice a valutare, di volta in volta, la richiesta di accesso alla giustizia, verificando se la legittimazione processuale astratta vantata dai soggetti religiosamente ispirati, possa tradursi, sulla scorta dell'indagine sulla sussistenza degli indici pretori, in una legittimazione concreta alla tutela degli interessi diffusi in materia ambientale.

L'importanza di una tale apertura pare ancora più evidente in riferimento all'incapacità dello Stato e degli enti locali di gestire le situazioni di crisi ambientale, ed in considerazione della necessità di un supporto delle associazioni ambientaliste, le quali, sono spesso ostacolate nel tentativo di apprestare un'adeguata tutela dell'ambiente naturale[181]. Pertanto, lungi dal temere

---

1983, pp. 305-313; Livia Di Cola, *La tutela dell'ambiente*, in Aa.Vv., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi,* a cura di Lucio Lanfranchi, Giappichelli, Torino, 2003; Pierluigi Onorato, *Tutela giudiziaria dell'ambiente e associazioni ambientalistiche*, in *Questione Giustizia*, 2005, 3, pp. 537-552; Aldo Travi*, Lezioni di giustizia amministrativa*, VI edizione, Giappichelli, Torino, 2005.

[180] In particolare cfr. Corte di Giustizia, Sez. II, 15 ottobre 2009, C-263/08. Sul tema si rinvia a Francesco Goisis, *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Il diritto processuale amministrativo*, 1-2012, p. 101 ss.

[181] Come dimostra quanto avvenuto nei recenti disastri ecologici in Terra dei Fuochi ed a Taranto per l'ILVA.

un'eccessiva proliferazione di ricorsi, l'allargamento dei soggetti legittimati ad accedere alla giustizia ambientale potrebbe diventare lo strumento per un più efficace assolvimento della primaria finalità di tutela e valorizzazione dell'ambiente. In questa luce, il coinvolgimento di soggetti religiosamente ispirati alla risoluzione della crisi ecologica costituirebbe la felice espressione di una piena valorizzazione di quel principio di sussidiarietà orizzontale che investe i corpi associati nello svolgimento di attività di interesse generale, qual è appunto la custodia del creato. Riconoscere anche agli enti religiosi un'astratta legittimazione processuale attiva consentirebbe agli stessi di offrire, insieme alle altre forze sociali, un evidente contributo ed una piena collaborazione per la fattiva realizzazione del bene comune[182], arricchendo la democrazia ambientale italiana di un'immensa potenzialità espansiva, ancora inespressa.

Tuttavia, in attesa che il tanto invocato processo di mutamento d'indirizzo della giurisprudenza compia la sua maturazione, è possibile rinvenire una soluzione alternativa, immediatamente realizzabile.

In effetti, il vigente ordinamento giuridico, anche così come interpretato dalla giurisprudenza prevalente, non impedisce alle confessioni religiose di poter aspirare al riconoscimento di una legittimazione processuale attiva in materia ambientale, già sulla base di quanto previsto dalla legge 349/1986. Ciò, infatti, potrebbe avvenire attraverso la costituzione, da parte degli enti dotati della rappresentatività nazionale della confessione religiosa, di un'associazione ambientalista che rispetti i requisiti imposti dall'art. 13 della l. 349/1986. In questa direzione, la CEI, ad esempio, potrebbe muovere un passo decisivo attraverso l'erezione di un'associazione ambientalista di ispirazione cattolica[183], la quale, in ossequio ai criteri previsti dalla legge, avrebbe pieno accesso alla giustizia ambientale[184].

---

[182] Tra le forze sociali protagoniste nell'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale vi sono senz'altro anche le confessioni religiose. Cfr. Fabio Balsamo, *La Chiesa della Terra dei fuochi contro le ecomafie*, cit., pp. 354-355.

[183] Qualcosa di analogo è stato realizzato dalla Conferenza Episcopale Austriaca nel 1994, con la costituzione di un movimento eco-sociale, chiamato a coordinare le iniziative ecclesiali a favore dell'ambiente. Si consulti al riguardo il Documento finale della Conferenza su "La spiritualità della creazione e le politiche ambientali", tenutasi a Bad Honnef dal 4 al 7 maggio 2000. Cfr. Conferenza Episcopale Italiana-Ufficio Nazionale per i problemi sociali e il lavoro, *Atti IV Consultazione delle Conferenze Episcopali Europee sulla responsabilità per il creato*, in *Notiziario,* n. 4 - dicembre 2002, p. 225 ss. Lo stesso discorso potrebbe riguardare chiaramente anche le altre confessioni religiose, tra cui in particolare l'Islam. Per i movimenti ambientalisti di matrice islamica si rinvia a Maria Rosaria Piccinni, *La tutela dell'ambiente nel diritto delle religioni* cit., pp. 218-236.

[184] In questo senso un ulteriore stimolo potrebbe derivare dalla prossima pubblicazione dell'Enciclica "verde" a cui sta lavorando il Santo Padre Francesco, e rispetto alle quale vanno riposte

Si aprirebbe così, a tutti gli effetti, la strada per una reale discesa in campo, accanto alle tradizionali associazioni ambientaliste, di un associazionismo ambientale religiosamente ispirato[185], finalmente impegnato, nel concreto, in una tangibile azione di custodia del creato.

---

notevoli aspettative. Cfr. FRANCESCO, *Un uragano di speranza. Ai partecipanti all'incontro mondiale dei movimenti popolari*, in *Il Regno-Documenti*, n. 19/2014, p. 601 ss.

[185] La peculiarità di un associazionismo ambientalista di ispirazione religiosa emerge anche dalle parole di Papa Francesco, secondo cui nell'azione di custodia del creato la Chiesa, per non sembrare ad una delle tante altre organizzazioni non governative, deve sempre e comunque «confessare Cristo». Cfr. l'Omelia del 14 marzo 2013 in occasione della Messa con i Cardinali nella Cappella Sistina. Il testo dell'Omelia è consultabile al sito *www.vatican.va*

Velo islamico e laicità dello Stato: orientamento consolidato tedesco e recente revirement *turco*

Fabio Fede

Una recentissima sentenza della Corte costituzionale turca (di cui si dà notizia in questo numero della Rivista, nella sezione 'Giurisprudenza e legislazione internazionale', NdR), che ha riconosciuto ad un'avvocatessa musulmana il diritto d'indossare il velo islamico anche quando questa si rechi in Tribunale[1], ha riportato alla ribalta, tenendo presente la precedente vicenda Sahin[2], il particolare quadro giuridico turco relativo alla laicità dello Stato[3].

Nel corso dell'*iter* giudiziario interno del caso Sahin, infatti, oggetto del contendere era stato un regolamento, nel caso specifico quello interno dell'Università frequentata dalla studentessa Sahin, che vietava il velo islamico, e la Corte costituzionale turca[4] aveva detto che "*Everyone was free to choose how to dress, as the social and religious values and traditions of society also had to be respected. However, when a particular dress code was imposed on individuals by reference to a religion, the religion concerned was perceived and presented as a set of values that were incompatible with those of contemporary society. In addition, in Turkey, where the majority of the population were Muslims, presenting the wearing of the Islamic headscarf as a mandatory religious duty would result in discrimination between practising Muslims, non-practising Muslims and non-believers on grounds of dress with anyone who refused to wear the headscarf undoubtedly being regarded as opposed to religion or as non-religious*".

Nel recentissimo nuovo caso, peraltro, il *casus belli*, per così dire, è di nuovo un regolamento, in questo caso quello dell'Ordine degli Avvocati, che disponeva analogo divieto, ma stavolta la Corte costituzionale ha interpella-

---

1 T.C Anayasa Mahkemesi, sentenza del 25 giugno 2014, n. 2014/256.

2 CEDU, Grande Chambre, 10 novembre 2005, n. 44774/98.

3 Cfr. Stefano Testa Bappenheim, *Fenotipi della laicità costituzionale in Turchia (Türkiye Cumhuriyeti),* in *Diritto e religioni*, n. 4, 2007, p. 151 ss.

4 Sentenza del 7 marzo 1989, in RG del 5 luglio 1989.

to – trattandosi d'un Ordine forense - il Ministro della Giustizia, il quale ha risposto ricordando che "*Bakanlık görüşünde kılık kıyafet serbestisine ilişkin olarak Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmeliğin 5. maddesinde yer alan "Elbise, pantolon, etek temiz, düzgün, ütülü ve sade, ayakkabılar ve/veya çizmeler sade ve normal topuklu, boyalı, görev mahallinde baş daima açık, saçlar düzgün taranmış veya toplanmış, tırnaklar normal kesilmiş olur" ibaresinin 4/10/2013 tarih ve 2013/5443 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile metinden çıkartıldığı bildirilmiştir. Söz konusu Bakanlar Kurulu Kararından sonra kadınların kamu kurum ve kuruluşlarında başları örtülü olarak görev yapabilmeleri mümkün hale gelmiştir" ("the phrase "Dress, trousers, skirt shall be clean, decent, ironed and plain, shoes and/or boots shall be plain and have normal heels, be polished, the head shall always be uncovered, hair shall be combed well or tied up, nails shall be normally clipped" stipulated in Article 5 of the Regulation on Attire and Outfit of the Personnel Employed in Public Institutions and Organizations was abolished through the resolution of the Council of Ministers no. 2013/5443 dated 4/10/2013 as for the freedom of attire and outfit. Following the aforementioned resolution of the Council of Ministers, it was made possible for the women to work in the public institutions and organizations by covering their heads*"), e, per questa ragione, la Corte costituzionale ritiene che, pur essendo l'avv.ssa ricorrente una libera professionista e non una dipendente dello Stato, essa svolge una funzione nel pubblico interesse generale, ossia il buon funzionamento del sistema giudiziario turco, sicché, per analogia, rientra nel principio ricordato dal Ministro.

Scopo del presente lavoro, dunque, è appunto quello di fare una panoramica sulla normativa costituzionale turca relativa alla laicità dello Stato ed alla libertà religiosa, comparata con quella dell'unico altro Stato europeo che abbia visto negli ultimi anni la propria Corte costituzionale affrontare un caso simile: la Germania, col caso Fereshta Ludin[5], nel quale un'insegnante di religiosa islamica, proveniente dall'Afghanistan, non era stata assunta dall'amministrazione scolastica del Baden-Württemberg volendo indossare il velo islamico durante le lezioni.

I. *Il recente* revirement *turco*

Già nel testo costituzionale del 1961 l'art. 2 inseriva, fra le caratteristiche della Turchia, la laicità: "*Cumhuriyetin nitelikleri.*

MADDE 2.- Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen te-

---

[5] BVerfG, sentenza del 24 settembre 2003, n. 2 BvR 1436/02.

mel ilkelere dayanan, millî, demokratik, ***lâik*** *ve sosyal bir hukuk devletidir"*[6]

Concetto che è ripreso e ribadito nella Costituzione attuale: "*II. Cumhuriyetin nitelikleri*

MADDE 2. - Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir"[7], ovvero (traduzione nostra): "La Repubblica di Turchia è uno Stato di diritto democratico, laico e sociale, amante della pace interna, della solidarietà e della sicurezza nazionali, rispettoso dei diritti umani, legato al nazionalismo di Atatürk e basato sui principî fondamentali contenuti nel Preambolo".

Il Kemalismo è l'ideologia dominante nella costituzione del 1982: la società e le istituzioni turche sono strettamente caratterizzate da un'esaltazione e da dichiarazioni d'omaggio verso Atatürk, come emerge dallo stesso Preambolo: "*Türk Vatanı ve Milletinin ebedî varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu Anayasa, Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda",* "Atatürk il fondatore della Repubblica, guida immortale e straordinario eroe".

Quest'esaltazione della persona di Atatürk è legata a ragioni storiche: egli è diventato il simbolo della rifondazione della nuova Repubblica turca e della sua aspirazione a modernizzarsi.

Questa prospettiva è illustrata dall'art. 174 della Costituzione del 1982: "*Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda gösterilen inkılâp kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz":* le leggi che hanno lo scopo di ancorare la società turca alla modernità e che tutelano la laicità dello Stato non possono essere giudicate incostituzionali e non possono venir abrogate.

Cosa si intende, dunque, per laicità turca, o *laiklik*?

La giurisprudenza costituzionale turca, *in primis*, afferma come l'idea stessa di laicità *in se ipsa* sia fondamentale per l'esistenza e la capacità di funzionamento della Turchia come moderna repubblica[8], e, *in secundis*, essa richieda una separazione fra religione e Stato, da attuarsi con la sostituzione di norme e valori religiosi con norme e valori profani e secolari[9].

---

[6] Cfr. *http://www.anayasa.gov.tr/Mevzuat/Anayasa1961/*

[7] Cfr. *http://www.anayasa.gov.tr/Mevzuat/Anayasa1982/*

[8] Anayasa Mahkemesi, 7 marzo 1989, in *EuGRZ,* 1990, pp. 146 ss.

[9] Id., 21 ottobre 1971, in *AYMKD*, X, pp. 52 ss.

Le leggi di riforma di Atatürk, indicate con il nome di 'rivoluzione culturale di Atatürk', miravano *in primis* ad una riforma della pratica islamica, riforma che avrebbe dovuto essere compiuta anche contro la volontà della maggioranza della popolazione[10].

Obiettivo di queste riforme era quello di rendere la sensibilità religiosa come una questione meramente privata, che non avrebbe dovuto avere nessun influsso sulle questioni statali[11]; come segno caratteristico del principio del laicismo kemalistico fu istituzionalizzata una nettissima separazione fra religione e Stato, la quale doveva anche costituire il principio fondamentale per la tutela e la garanzia della libertà religiosa e di coscienza individuale[12].

Secondo l'idea kemalistica di laicità, infatti, non doveva esservi nessuna religione dello Stato che imponesse ai proprî cittadini le regole d'una religione; viceversa lo Stato doveva essere obbligato a trattare con eguale rispetto ogni fede religiosa, senza attribuire a nessuna di esse una posizione privilegiata; l'ordinamento statale, poi, non doveva essere legato a nessuna religiosa in particolare, ed al contempo lo Stato doveva essere tenuto a non intromettersi nell'autoregolamentazione delle comunità religiose.

Istituzioni religiose e statali dovevano coesistere le une accanto alle altre ma in maniera assolutamente autonoma ed indipendente, cosicché lo Stato fosse libero da influssi religiosi, e, conseguentemente, le sue leggi e disposizioni d'altro tipo dovevano essere basate esclusivamente su motivazioni 'del mondo', e non su principî religiosi[13].

Con la Costituzione del 1961 fu istituita e costituzionalmente garantita la Direzione per gli Affari religiosi (Diyanet Isleri Bakanligi), e con la Costituzione del 1982 si ebbe il passaggio a quella che la dottrina francese chiama 'laïcité apaisée": con la legge 3511, del 10 dicembre 1988, ad esempio, viene espressamente autorizzato (ancorché non reso obbligatorio) il velo islamico nelle scuole superiori[14].

Questa legge, però, fu dichiarata incostituzionale proprio per violazione del principio di laicità[15].

---

[10] Heidi Wedel, *Der türkische Weg zwischen Laizismus und Islam*, Opladen, Verlag für Sozialwissenschaften, 1991, pp. 6 ss.

[11] Mümtaz Sosyal, *100 Soruda Anayasanin Anlami*, Istanbul, Gerçek, 1993, pp. 164 ss.

[12] Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giris,* Ankara, Imaj Yayinevi, 1995, pp. 58.

[13] Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayinlari, 2004, pp. 76 ss.; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin, 2000, pp. 143 ss.; Feyzan Ünsal, *Politische und religiöse Symbole im Betrieb,* Frankruft a.M., Lang, 2009, pp. 100 ss.

[14] Legge di riforma delle scuole superiori, in RG n. 20032, del 27 dicembre 1988.

[15] Anayasa Mahkemesi, 7 marzo 1989, *cit.*

Un ulteriore esempio della relatività del principio di laicità nell'attuale sistema costituzionale, peraltro, è costituito dalla continuazione della Direzione per gli affari religiosi (Diyanet İşleri Başkanlığı)[16].

L'art. 136 della Costituzione turca, infatti, prevede che questa Direzione sia parte integrante della Pubblica Amministrazione, nell'ottica del principio di laicità, al di fuori da ogni orientamento od opinione politica, come pure sia al servizio della solidarietà ed integrazione nazionali, come previsto da apposite previsioni normative[17], ed alla quale spetta il compito della gestione delle questioni religiose ordinarie, l'amministrazione delle istituzioni religiose ufficiali, il disbrigo di ulteriori questioni alla luce degli articoli di fede, delle funzioni religiose e dei principî fondamentali della religione islamica[18].

Questa Direzione, dunque, è uno degli uffici più importanti dell'Amministrazione centrale dello Stato, alle dirette dipendenze del Presidente del Consiglio, ed è competente per l'amministrazione solo delle questioni religiose islamiche.

Le radici storiche risalgono al periodo dell'Impero Ottomano, ove avevamo un Ministero per gli Affari Religiosi, che vigilava sulla sintonia della legislazione statale con il diritto islamico, e parimenti controllava l'amministrazione e la gestione delle fondazioni islamiche sino ad allora indipendenti[19].

Con la fondazione della Repubblica, però, il Ministero venne trasformato in una Direzione Generale, i cui compiti consistettero soprattutto nella diffusione delle nuove disposizioni di Atatürk sulle confessioni religiose[20].

La Costituzione del 1961 conferì nuovamente a quest'Ufficio rango costituzionale, che mantenne anche con quella del 1982, nonostante il ritorno ad un'organizzazione dello Stato più laica[21].

La costituzionalizzazione della Direzione per gli Affari religiosi, però, fu

---

[16] V. Christian Rumpf, *Das türkische Verfassungssystem*, Wiesbaden, Harrassowitz, 1996, pp. 111 ss.; Id., *Das Laizismus-Prinzip in der Rechtsordnung der Türkei*, in *JÖR*, 1987, pp. 179 ss.; Id., *Laizismus und Religionsfreiheit in der Türkei*, *Laizismus und Religionsfreiheit in der Türkei*, Eggenberg, Ebenhausen, 1987, pp. 10 ss.; Id., *Das türkische Verfassungsgericht und die Grundzüge seiner Rechtssprechung,* in *EuGRZ*, 1990, pp. 129 ss.

[17] Legge n. 633 del 22 giugno 1965, modificata dalla legge n. 1982 del 26 aprile 1976 e dalla legge 2088 del 24 marzo 1977.

[18] V. Christian Rumpf, *Präsidium für Religionsangelegenheiten,* in *ZfTS*, 1989, 1, pp. 21 ss.; Bitherin Dinkçol, *Anayasasi* Çerçevesinde *ve Anayasa Mahkemesi Kararlarinda Laiklik,* Istanbul, Kazanci, 1992, pp. 163 ss.

[19] V. Christian Rumpf, *Das türkische Verfassungssystem*, *cit.*, pp. 115 ss.; Mümtaz Sosyal, *100 Soruda Anayasanin Anlami*, *cit.*, pp. 166 ss; Ali Fuat Basgil, *Din ve Laiklik*, Istanbul, Yagmur Yayinevi, 1982, pp. 188 ss.

[20] V. Heidi Wedel, *Der türkische Weg zwischen Laizismus und Islam*, *cit.*, pp. 23 ss.

[21] V. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, *cit.*, pagg, 78 ss.

criticata da parte della dottrina, secondo la quale la posizione costituzionale d'un Ufficio statale di questo tipo, il cui compito principale consiste nell'aver cura della fede islamica, non sia perfettamente compatibile con il principio di laicità fermamente ribadito nella Costituzione[22]; altri Autori, invece, difendono la costituzionalizzazione della Direzione per gli Affari religiosi, sostenendo che il periodo dell'Impero ottomano abbia mostrato i buoni risultati derivanti dall'avere i funzionari religiosi islamici posti sotto il controllo dello Stato[23].

Questo concetto era stato espresso anche dalla stessa Corte costituzionale turca, proprio relativamente all'inserimento, in una Costituzione contenente *expressis verbis* il principio di laicità, d'un Ufficio dedicato agli affari religiosi: "Nel nostro Paese, dove la maggioranza della popolazione è musulmana, [questo Ufficio] è necessario, per favorire la formazione e la preparazione del personale religioso, per rispondere alle necessità religiose, per assicurare i luoghi di culto ed occuparsi della loro manutenzione"[24].

Per queste ragioni, secondo la Corte costituzionale turca, anche l'equiparazione con il personale governativo del personale religioso islamico di questa Direzione per gli Affari religiosi è ammissibile, dato che lo Stato non si occupa di risolvere questioni religiose, ma, invece, è in prima persona tenuto a "trovare una soluzione adeguata per le esigenze che emergono dai rapporti sociali del Paese"[25].

Poiché, però, il concetto di laicità è cambiato nel corso del tempo, parimenti sono mutati i suoi risvolti pratici sul piano della sistematica costituzionale, come emerge da un'analisi delle normative più recenti[26].

Uno dei più importanti principî kemalisti è appunto quello della laicità, che si trova nel preambolo (come modificato dalla legge 4709 del 3 ottobre 2001) e nell'art. 2; il preambolo sottolinea che "i sacri sentimenti religiosi, come impone il principio di laicità, in nessun modo possono interferire con le questioni e la politica dello Stato" ("*Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihî ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı"),* mentre

---

[22] Ali Fuat Basgil, *Din ve Laiklik*, *cit.*, pp. 205 ss.

[23] Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, *cit.*, pp. 79 ss.; Çetin Özek, *Türkiye'de Laiklik*, Istanbul, Baha Matbaasi, 1993, pp. 56 ss.

[24] Anayasa Mahkemesi, 21 ottobre 1971, in *AMKD*, 10, p. 52.

[25] *Ibidem.*

[26] Christian Rumpf, *Das türkische Verfassungssystem*, *cit.*, pp. 108 ss.

l'art. 2, come abbiamo già visto, afferma che "La Repubblica di Turchia è uno Stato di diritto democratico, laico e sociale".

Anche la disposizione normativa che rifiuta ogni protezione giuridica per quelle attività che siano contrarie ai principî di Atatürk poggia, in ultima analisi, sul principio di laicità[27], come conferma una rapida panoramica alla giurisprudenza turca relativa al ruolo della laicità in ambito costituzionale.

La Corte costituzionale turca, infatti, relativamente alla funzione del principio di laicità ritenne che "essa [la laicità] è una filosofia modernizzatrice, il metodo per un modo di vivere umano. È un ideale umanistico [...] La laicità è una forma di vita civilizzata, che costituisce il fondamento per una società libera e democratica, per la crescita della Nazione, per l'indipendenza, la sovranità nazionale e l'ideale umanistico", ed essa è "il livello più elevato dello sviluppo spirituale e strutturale della società"[28].

La Corte costituzionale pone evidentemente la laicità fra i principî fondamentali dell'ideologia statale di Atatürk, Leit-motiv per la struttura statale e sociale della Turchia[29].

In quest'ottica, dunque, l'art. 174 della Costituzione pone le leggi di riforma di Atatürk, che danno vesti giuridico-costituzionali al principio di laicità, in posizione rafforzata.

La Corte Costituzionale turca non considera, però, il principio di laicità come un semplice criterio organizzativo nelle relazioni fra Stato e religioni: essa, al contrario, esige che l'integrazione della società turca non sia più basata primariamente sull'appartenenza alla religione islamica, bensì sull'appartenenza alla Nazione turca[30].

Il fondamento normativo del principio di laicità trova forse l'espressione più chiara nell'art. 2, ove viene solennemente affermato che la Turchia è uno "Stato di diritto, democratico, laico e sociale": la dottrina rileva l'importanza dell'accostamento, in questa formula, del principio di laicità a quelli di democrazia, Stato sociale e Stato di diritto: tutti questi sono a pari grado elementi costitutivi essenziali della Costituzione turca.

Una tale equiparazione expressis verbis rende più evidente anche l'accettazione del fatto che dal punto di vista giuridico pratico la Costituzione

---

[27] BITHERIN DINKÇOL, *Anayasasu Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarinda Laiklik, cit.*, pp. 58 ss.; BÜLENT TANÖR – NECMI YÜZBASIOGLU, *1982 Anayasasina Göre Türk Anayasa Hukuku*, Istanbul, Yapi Kredi Yayinlari, 2004, pp. 80 ss.

[28] Anayasa Mahkemesi, 7 marzo 1989, *cit.*, p. 150.

[29] BITHERIN DINKÇOL, *Anayasasu Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarinda Laiklik, cit.*, p. 57; CHRISTIAN RUMPF, *Laizismus und Religionsfreiheit in der Türkei*, *cit.*, p. 22 ss.

[30] KATHARINA PABEL*, Islamisches Kopftuch und Prinzip Laizismus*, in *EuGRZ*, 2005, p. 12 ss.

turca considera possibile un ordinamento statale democratico solo sulla base del principio della natura laica dello Stato, e perciò, ex art. 4, essa è una caratteristica immutabile dello Stato[31].

Se, dunque, ex artt. 2 e 4 il principio di laicità è un elemento essenziale della Repubblica turca, e quindi si tratta d'un presupposto irrinunciabile per quell'ordinamento giuridico democratico, allora ciò obbliga lo Stato, ex art. 5, anche a proteggerlo[32], dato che lì viene detto che "Lo scopo principale ed il compito principale dello Stato è […] proteggere la democrazia"[33].

Il principio di laicità ha, poi, anche effetti e conseguenze sulla tutela dei diritti fondamentali: l'art. 10 lo esprime nel principio di eguaglianza, che vieta discriminazioni sulla base di differenze religiose[34]; l'art. 24 lo esprime nel definire il perimetro di tutela della libertà religiosa e di coscienza, come ha sottolineato la Corte costituzionale turca: la Costituzione garantisce la libertà religiosa, nel senso che "nelle relazioni che possono influenzare il vivere insieme all'interno d'una data società non si può ammettere né un diritto illimitato, né una libertà sconfinata […] Questa è dunque una delle particolarità del principio di laicità nella Costituzione, ossia il fatto che allo Stato spetti sempre un diritto di controllo sulla libertà religiosa"[35].

Fino alla riforma costituzionale del 2001 (legge 4709 del 3 ottobre 2001), poi, il principio di laicità era espressamente contemplato, ex art. 13, fra i motivi che potessero limitare i diritti fondamentali, quantunque anche ora, in effetti, seppur in misura più sfumata, il concetto sia rimasto: i diritti e le libertà fondamentali possono essere limitati solo per i motivi menzionati dalla Costituzione e solo per legge, fra cui la forma democratica dello Stato e le esigenze della Repubblica laica (*"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz").*

Vanno ricordate anche alcune speciali protezioni normative per il principio di laicità, non solo a livello costituzionale, ma anche a quello della legislazione ordinaria.

---

[31] Yalçin Toker, *Türkiye'de Din ve vicdan hürriyeti*, Istanbul, Toker Yayinlari, 1993, p. 144 ss.; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, cit.,* p. 152.

[32] Bitherin Dinkçol, *Anayasasu Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarinda Laiklik, cit.*, p. 62 ss.

[33] Christian Rumpf, *Das türkische Verfassungssystem*, *cit.*, p. 318.

[34] Contra: Bülent Tanör – Necmi Yüzbasioglu, *1982 Anayasasina Göre Türk Anayasa Hukuku*, *cit.*, p. 85 ss.

[35] Anayasa Mahkemesi, 21 ottobre 1971, in *AMKD*, 10, p. 50.

Fino alla sua sostituzione con la legge antiterrorismo del 1991, infatti, l'art. 163 c.p. sanzionava penalmente la fondazione di associazioni antilaiciste e la propaganda antilaicista.

Si tratta di fattispecie penali di cui fu fatto un certo uso, quantunque i relativi processi si siano quasi sempre conclusi con l'assoluzione degli imputati[36].

Quindi si vide la Corte di Cassazione turca proporre, nella sentenza d'un processo riguardante alcuni Testimoni di Geova, di limitare questa prassi, dicendo: "Non c'è nessun obbligo di pensare e di credere conformemente al sistema laico. È richiesto soltanto di comportarsi conformemente ad esso. Fintantoché quindi non ci si organizza, non si fa propaganda o non si cerca d'influenzare l'opinione pubblica affinché una proposta di fede contraria al sistema laico diventi vigente, vincolante ed obbligatoria per tutti in Turchia, non si può parlare di attività contraria alla legge"[37].

Non va dimenticato nemmeno, infine, l'art. 312 comma 2 c.p., che sanziona penalmente l'incitamento all'odio su base religiosa, e che viene utilizzato per vietare, come propaganda antilaicista, ogni critica al principio fondamentale di laicità[38].

II. *Il consolidato orientamento tedesco*

Nel caso Ludin, in secondo luogo, il BVerfG aveva ricordato che lo Stato ha, provvedendo all'organizzazione degli uffici della Pubblica Amministrazione, la possibilità di limitare le libertà personali, compresa quella in materia religiosa e di visione del mondo: l'art. 4 *GG*, che la prevede, infatti, non dà a ciascuno un diritto senza limiti di manifestare la propria fede religiosa anche all'interno dei pubblici uffici[39].

Qui, infatti, vige l'obbligo di neutralità dello Stato ed il dovere statale di proteggere i diritti costituzionali di terzi, sicché un *Land* ha tutto il diritto di vietare ad un'insegnante, che nella sua attività lo rappresenta, d'indossare il *Kopftuch* durante le lezioni, ha concluso la Corte Costituzionale tedesca: a tal fine occorreva, però, una legge *ad hoc*, visto che l'uso del velo islamico non ha un significato esclusivamente religioso[40].

---

[36] Christian Rumpf, *Laizismus und Religionsfreiheit in der Türkei, cit.*, pp. 124 ss.

[37] Corte di Cassazione turca, sentenza del 26 maggio 1986, in *ZfTS*, 1989, 1, p. 152.

[38] Osman Can, *Die Schranken der Meinungsäußerungsfreiheit nach türkischen Verfassungsrecht*, Aachen, Shaker, 2001, pp. 128 ss.

[39] *BVerfGE* 93, pp. 1 ss.

[40] BayVGH, 23 marzo 2000, inedita.

A differenza della Turchia, poi, in Germania, invece, a livello costituzionale non si parla di laicità, bensì di neutralità religiosa, benché il principio non figuri *expressis verbis* nella Costituzione: è stato dedotto dal Bundesverfassungsgericht nella sentenza del 14 dicembre 1965 sulle imposte ecclesiastiche: «Il *GG* [...] impone allo Stato [...] un obbligo di neutralità in materia religiosa e di visione filosofica del mondo. Essa gli proibisce d'istituire una Chiesa di Stato e gli vieta parimenti di privilegiare una confessione religiosa in particolare"[41].

Il *BVerfG,* però, non ha precisato cosa intendesse dire con "neutralità dello Stato in materia religiosa e di visione filosofica del mondo"[42], perciò questi concetti sono il frutto del combinato disposto di tutta una serie di articoli costituzionali: la libertà di religione, coscienza e di professione di fede prevista ex art. 4 *GG* il divieto per lo Stato di costituire una Chiesa di Stato, o Chiesa nazionale, dal quale viene fatto derivare il principio di separazione fra Chiesa e Stato, ex art. 137, comma 1, della Costituzione di Weimar (*WRV*), dell'11 agosto 1919 (le cui norme riguardo le religioni e le formazioni religiose *lato sensu* sono rimaste in vigore, ex art. 140 *GG*)[43]; il principio generale d'eguaglianza ex art. 3, comma 1, *GG*; il principio più specifico di non discriminazione sulla base delle convinzioni religiose, ex artt. 3, comma 3, e 33, comma 3, *GG*; l'eguaglianza di diritti civili, ex art. 33, comma 1, *GG*; ed infine l'art. 136, commi 1 e 4, WRV, che protegge alcuni aspetti della libertà religiosa negativa[44].

D'altro canto, però, va anche sottolineato come il GG abbia un preambolo che dice: "Nella consapevolezza delle sue responsabilità dinanzi a Dio ed agli uomini... il popolo tedesco... si è dato questa legge fondamentale"[45]: da ciò deriva, *in primis*, che il legislatore costituente presuppone un dovere degli uomini di rendere conto a Dio.

---

[41] BVerfG, 14 dicembre 1965, in *BVerfGE*, 19, p. 206 ss. V. anche BVerfG, 8 novembre 1960, *ivi*, 12, p. 1 ss.; BVerfG, 17 febbraio 1965, *ivi*, 18, p. 385 ss.; BVerfG, 28 aprile 1965, *ivi*, 19, p. 1 ss.; BVerfG, 16 ottobre 1968, *ivi*, 24, p. 236 ss.; BVerfG, 31 marzo 1971, *ivi*, 32, p. 98 ss.; BVerfG, 21 settembre 1976, *ivi*, 42, p. 312 ss.; BVerfG, 8 febbraio 1977, *ivi*, 74, p. 244 ss.; BVerfG, 16 dicembre 1992, *ivi*, 88, p. 40 ss.; BVerfG, 19 dicembre 2000, *ivi*, 102, p. 370 ss.

[42] Cfr. Theodor Maunz, *Die religiöse Neutralität des Staates*, in *AfkKR*, 1970, p. 428 ss.

[43] L'art. 137, comma 1, WRV dice: "Non esistono Chiese di Stato"; l'art. 140 della GG dice: "Le disposizioni degli artt. 136, 137, 138 139 e 141 della Costituzione tedesca dell'11 agosto 1919 fanno parte integrante della presente GG".

[44] Cfr. Fabio Fede - Stefano Testa Bappenheim, *Dalla laïcité di Parigi alla nominatio Dei di Berlino, passando per Roma*, Milano, Giuffrè, 2007, *passim*.

[45] Cfr. Jörg Ennuschat, *„Gott" und Grundgesetz,* in *NJW*, 1998, p. 953 ss.

Il riferimento a Dio viene visto come *commemoratio Dei*[46], o semplice *invocatio Dei*[47], ma i lavori parlamentari della Commissione costituente federale tedesca ci dicono altro[48]: 'Dio' è un concetto costituzionale, dato che il preambolo stesso fa parte della Costituzione, come emerge chiaramente dalle parole: "Il popolo tedesco… si è dato *questa* legge fondamentale", e non "*la seguente* legge fondamentale"[49].

I lavori preparatori, infatti documentano che il preambolo non fu mai visto come una semplice decorazione stilistico-retorica, e fu invece sempre considerato esprimere precetti giuridicamente rilevanti[50], come ha varie volte detto anche il *BVerfG*[51].

La dottrina, sul punto, non è concorde: parte lo ritiene frutto della particolarissime circostanze del tempo, ritenendo che i Costituenti tedeschi abbiano voluto segnare con estrema nettezza una discontinuità con la Germania nazista, e a questo scopo usarono un concetto sovrastatale e metastatale, dato che il Terzo *Reich* si riproponeva di scristianizzare la vita pubblica[52].

Altra parte della dottrina[53], invece, respinge l'idea ch'esso sia un semplice elemento indicatore di denazificazione, dal momento le Costituzioni di varî Länder hanno preso le distanze dal periodo hitleriano ricorrendo ad altre formule, come la Sassonia (costituzione del 27 maggio 1992: "Uscendo dalle dolorose esperienze della dittatura nazista…") o il Meclemburgo-Pomerania (costituzione del 23 maggio 1993: "Nella consapevolezza dei limiti dell'agire umano…").

Un diretto riferimento a Dio all'interno d'un preambolo costituzionale, come fra il 1945 ed il 1949 e fra il 1990 e 1994 venne adottato in numerose

---

[46] Detlef Merten, *Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat,* in *VVDStRL*, LV (1996), p. 7 ss.

[47] V. Heinz Huber, in Michael Sachs, *GG. Kommentar*, München, Beck, 1996, Präambel, n. 35; Ingo von Münch, in Ingo von Münch - Phillip Kunig, *GG. Kommentar*, München, Beck, 1992, Präambel, n. 6; Peter Häberle, *'Gott im Verfassungsstaat?',* in Id.., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates,* Berlin, Duncker & Humblot, 1992, p. 216.

[48] GEMEINSAME VERFASSUNGSKOMMISSION, BT-Dr. 12/6000, p. 110.

[49] Jörg Ennuschat, *'Gott' und Grundgesetz*, *cit.*

[50] In *JöR*, n.F., 1 (1951), p. 41.

[51] V. BVerfGE 5, p. 85 ss., ed in *NJW*, 1956, p. 1393 ss.; BVerfGE 12, p. 45 ss., ed in *NJW*, 1961, p. 355 ss.; BVerfGE 36, p. 1 ss., ed in *NJW*, 1973, p. 1539 ss.; BVerfGE 77, p. 137 ss., ed in *NJW*, 1988, p. 1313 ss.

[52] Cfr. Johann Neuhäusler, *Kreuz und Hakenkreuz. Der Kampf des Nationalsozialismus gegen dir katholische Kirche und der kirchliche Widerstand*, München, Katholische Kirche Bayerns Verlag, 1946.

[53] Ethel Leonore Behrendt, *Rechtsstaat und Christentum*, München, Meta Verlag, I, 1982, p. 163 ss.; Adolf Süsterhenn, in Adolf Süsterhenn - Hans Schäfer, *Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz*, Koblenz, Humanitas Verlag, 1950, p. 62 ss.

Costituzioni di *Länder* e nel *GG* federale, non si trova nella storia costituzionale democratica tedesca. Né nella Costituzione del 28 marzo 1849[54], né in quella di Weimar dell'11 agosto 1919[55] si trova un preambolo con un riferimento a Dio. Solo le antiche Costituzioni si riferivano a Dio nell'affermazione del principio monarchico secondo il quale il sovrano fosse tale 'per grazia di Dio', e quindi tale riferimento aveva una funzione legittimante[56].

L'8 maggio 1949 venne approvato, con 53 voti contro 12, il testo finale del *GG*[57], reso noto il 23 maggio in una seduta pubblica a Bonn.

Fino alla Riunificazione, comunque, né il preambolo del GG in generale, né questa citazione di Dio furono rimessi in discussione[58]; ciò fu dovuto, probabilmente, al fatto che nella popolazione vi fosse la consapevolezza d'una certa plausibilità di questo riferimento a Dio, quanto meno per ragioni storiche; con l'estensione della portata del GG anche all'ex Germania est, però, si ebbe una Commissione per la revisione del GG, ed in tal sede venne rimesso in discussione anche il preambolo.

Tuttavia si decise infine di lasciarlo, 52 voti contro 4, perché frutto del lavoro di Costituenti (quelli del 1949) che pure erano di religioni diverse, alcuni anche atei, ma che furono tutti concordi nell'inserire questo riferimento come monito soprattutto contro le idee naziste, che negavano i diritti dell'uomo, e perciò il riferimento a Dio aveva il valore di ricordare che l'uomo non è onnipotente, non è l'ultima istanza[59].

D'altra parte, poi, questa citazione di Dio non obbliga nessuno a convertirsi, né fa della Germania uno Stato costituzionalmente confessionale, cosa tra l'altro vietata ex art. 4 comma 1 *GG* proibisce[60].

Una parte degli interpreti teologici e filosofici del riferimento a Dio nel preambolo della Costituzione tedesca postbellica vi vede un accenno alla di-

---

[54] V. Werner Weinholt, *Gott in der Verfassung*, Frankfurt a.M., Lang, 2001, *passim*; Rudolf Schuster, *Deutsche Verfassungen*, München, Goldmann, 1994, p. 95.

[55] *Ivi*, p. 179.

[56] Peter Häberle, *Gott im Verfassungsstaat?, cit.*, p. 216; Ethel Leonore Behrendt, *Gott im Grundgesetz, Der vergessene Grundwert "Verantwortung vor Gott",* München, Meta Verlag, 1980, p. 8 ss.

[57] Peter Badura, *Deutsche Verfassung*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1989, p. 3738 ss.; Id., *Staatsrecht. Systematishe Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, München, Beck, 1996, p. 19 ss.; Christian Friedrich Menger, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Eine Einführung in die Grundlagen*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1993, p. 193 ss.

[58] Ethel Leonore Behrendt, *Gott im Grundgesetz, Der vergessene Grundwert "Verantwortung vor Gott", cit.*, p. 41 ss.; Ingo von Münch - Phillip Kunig (a cura di), *GG-Kommentar*, I. Präambel bis Art. 20, *cit*., nota 4.

[59] Deutscher Bundestag, BT-Dr. 12/6000, p. 110.

[60] Deutscher Bundestag, Gemeinsame Verfassungskommission, resoconto stenografico della XX sessione, del 22 aprile 1993, p. 17.

mensione religiosa dell'ambito politico e sociale, che viene riassunto con l'espressione di 'religione civile', concetto che possiamo far risalire a Rousseau, che concluse il suo 'contratto sociale' del 1762 con il capitolo "*De la religion civile*"[61]. La sua intenzione era una conciliazione dell'Illuminismo con le idee fondamentali del Cristianesimo[62], sicché la 'religione civile', che da un punto di vista contenutistico sarebbe sempre stata la religione del Vangelo, avrebbe dovuto essere il prodotto sintetico d'una professione di fede filosoficamente vera e contemporaneamente socialmente utile; doveva prevedere un Dio Onnipotente, la vita eterna ed il giudizio finale, come pure ricomprendere la santità del contratto sociale, delle leggi e del principio di tolleranza[63].

Conclusioni

Dall'analisi delle due situazioni normative pare emergere con chiarezza una differenza nell'evoluzione del quadro costituzionale dei due Paesi in merito alla laicità.

Mentre, infatti, da un lato in Germania (pur con le varie articolazioni legislative dei singoli *Länder* successive e conseguenti proprio alla sentenza Ludin) l'orientamento costituzionale di Karlsruhe pare costante nel voler mantenere saldo, se on rafforzare, il principio di *Neutralität* (anche) religiosa della Pubblica Amministrazione, dall'altro in Turchia assistiamo ad un sostanziale *revirement*, come testimoniato palesemente dalle *dissenting opinions* dei due Giudici costituzionali Perktas e Paksüt.

Sembra di trovarsi di fronte, in conclusione, ad una laicità incamminata lungo due parallele divergenti.

---

[61] Traugott Schöfthaler, voce *Civil Religion*, in EKL, I, Göttingen, Vandenhoek & Ruprecht, 1986, p. 755 ss.; Hans Richard Reuter, *Zivilreligion? Anmerkungen zu einer religionspolitischen Debatte*, in *DtPfrBl*, XC (1990), p. 327.

[62] Traugott Schöfthaler, voce *Civil Religion*, *cit.*, p. 755.

[63] Hans Richard Reuter, *Zivilreligion? Anmerkungen zu einer religionspolitischen Debatte*, *cit.*, p. 327.
Cfr. Stefano Testa Bappenheim, *'Veluti di Deus Daretur': Dio nell'ordinamento costituzionale tedesco*, in Juan Ignacio Arrieta (a cura di), *Ius divinum. Atti del XIII Congresso internazionale di diritto canonico*, Venezia, 17-21 settembre 2008, Venezia, Marcianum, 2010, p. 253 ss.; Id., *Cenni sulla costituzionalizzazione delle radici cristiane in Germania*, in *IE*, 3, 2006, p. 755 ss.

La destinazione extrafiscale del cinque per mille e il sostentamento del clero cattolico e non cattolico

Rocco Freda

Introduzione

Parlare di destinazione di fondi pubblici a finalità apparentemente di parte in questi anni di crisi economica globale, sembra quasi voler esorcizzare la paura di un domani orfano della *human care* del corpo e dello spirito. Nella configurazione di un futuro in cui l'età anagrafica e la ricchezza *pro capite* assumeranno sempre di più la dimensione di grandezze inversamente proporzionali, il *non profit* potrebbe essere la combinazione vincente per fornire alla generalità dei consociati servizi sociali in modo efficace ed efficiente, effetto leva di una crescente coesione sociale. Essendo l'imposizione fiscale nel nostro Paese giunta quasi al *break-even* in termini di esternalità positive che il sistema riesce ad offrire ai consociati, occorrerebbe guardare al di là dell'ulteriore e gravoso impegno della dimensione pubblica nel sociale, con l'inevitabile e conseguente aumento dei tributi per finanziare la spesa differenziale.

Da più di un decennio stiamo vivendo un'epoca che sembra aver messo in crisi l'antico concetto dello *ius imperii*; si tratta di una tendenza che vede, nei settori del *welfare mix*, l'agire pubblico e quello privato – in termini di intervento, competenza e responsabilità – assumere una dimensione complementare e paritetica.

A suscitare il crescente interesse degli studiosi e dei tecnici di una disciplina di confine – frutto di un mosaico giuridico tra i diversi ambiti del diritto quali: civile, tributario, ecclesiastico e canonico – è per altro verso l'analisi degli istituti normativi e della prassi applicativa relativi al sistema di sostentamento del clero cattolico e dei ministri di culto non cattolici. Lo studio di tale disciplina composita assume un interesse particolare se si considerano gli effetti civili degli atti compiuti dai suddetti ministri di culto i quali, quasi per osmosi, integrano e completano l'attività della Pubblica amministrazione[1].

[1] Si pensi agli effetti civili del matrimonio religioso, alla giurisdizione alternativa (civile o canonica)

Un approccio tutt'altro che miope rispetto ad una fattispecie spesso criticata, quale quella della devoluzione dell'otto per mille a soggetti diversi dallo Stato, o del cinque per mille a finalità diverse dal sostegno delle attività sociali svolte dal comune di residenza, scorge nelle molteplici attività caritatevoli e socio-assistenziali realizzate dai beneficiari di tali contributi – che operano alla stregua di imprenditori della carità – il principio della sussidiarietà orizzontale *ex* art 118 della Costituzione.

1. *Il cinque per mille: inquadramento normativo e dottrinale in un contesto di crisi globale*

Il meccanismo del cinque per mille, al cui riguardo notevole è l'interesse della Chiesa cattolica e delle altre Confessioni religiose, è stato introdotto con l'art. 1 co. 337 della L. 266/2005 (Legge finanziaria 2006) e ripetuto dalle leggi finanziarie degli anni successivi[2]; con esso, in base ad una legge statale, una quota dell'Irpef transita, per espressa volontà del contribuente, all'ente beneficiario svolgendo lo Stato un ruolo di mero mediatore e togliendo alla rappresentanza politica *pro tempore* ogni potere discrezionale sulla destinazione di tali somme.

La Corte costituzionale è stata maestra in tal senso per non aver considerato il cinque per mille appartenente al *genus* delle entrate tributarie, essendo a suo avviso la stessa elargizione disposta discrezionalmente e senza costrizione di sorta dal contribuente; inoltre, lo Stato non avrebbe alcun potere né di destinazione né di quantificazione delle somme da destinare[3]. Si può quindi parlare dell'esercizio di una fiscalità democratica diretta, riflesso pratico del principio di cui all'art. 1 Cost.

A differenza di ciò che accade con un atto di liberalità, quale potrebbe essere una donazione in denaro effettuata dal contribuente direttamente

in materia di sostentamento del clero, alle attività socio-assistenziali dell'otto per mille, ecc. In questa sede è opportuno notare che, mentre ai ministri dei culti non cattolici che hanno stipulato un'intesa con lo Stato italiano lo *status* rilevante ai fini civili viene attribuito con formale nomina da parte della propria Confessione religiosa, quelli appartenenti alle Confessioni prive di intesa necessitano di un riconoscimento da parte del ministro dell'interno.

[2] Per l'anno 2014, il meccanismo del cinque per mille è stato confermato dall'art. 1 co. 1051, L. n. 147 del 27/12/2013, cd. "*Legge di stabilità*".

[3] La sentenza in questione (n. 202/2007) è derivata da una censura di illegittimità costituzionale rispetto agli artt. 114, 117, 118 e 119 Cost. sollevata dalle Regioni ricorrenti, secondo le quali la disciplina del cinque per mille avrebbe coperto un sistema – architettato dallo Stato – per eludere il divieto costituzionale di destinare finanziamenti statali vincolati ad attività relative a materie di competenza legislativa regionale (*www.cortecostituzionale.it*).

all'ente beneficiario – peraltro quest'ultima deducibile, entro certi limiti, dal reddito imponibile – col meccanismo del cinque per mille la scelta di sostenere un'attività del terzo settore non prevede onere alcuno a carico del cittadino.

La Corte costituzionale, inoltre, considera la formalizzazione della volizione del contribuente, espressa in sede di dichiarazione dei redditi, alla stregua di un cambio d'abito: il cinque per mille dell'Irpef si spoglia della veste di entrata tributaria per vestire quella di provvista versata obbligatoriamente all'erario al fine di sostenere gli enti inclusi in un apposito elenco pubblicato annualmente dall'Agenzia delle entrate. Il ruolo dello Stato è circoscritto a quello di mandatario necessario *ex lege* e di garante del rispetto della normativa di settore, non potendosi sottrarre all'obbligo di versare tali somme ai soggetti indicati dai contribuenti in sede di dichiarazione dei redditi.

La dottrina più attenta potrebbe chiedersi se, dopo che il contribuente ha manifestato la propria volontà in relazione alla devoluzione del cinque per mille, le relative somme, sottraendosi alla disciplina tributaria, soggiacciano a quella del mandato (rappresentandone la provvista) e ciò anche con riferimento al modo di acquisizione delle stesse. In particolare, se così fosse, qualora ad una manifestazione di volontà di destinazione del cinque per mille – espressa in sede di dichiarazione dei redditi presentata entro i termini di legge – non consegua il versamento spontaneo delle relative somme, ci si chiede se, per l'eventuale recupero del *quantum debeatur*, sia applicabile la normativa sulla tutela e realizzazione coattiva del credito tributario (iscrivibilità a ruolo, maggiorazione a titolo di interessi e sanzioni, ecc.). La curiosità della dottrina sarebbe ulteriormente stimolata dall'interrogativo concernente il peso che la volontà del contribuente – manifestata nella destinazione del cinque per mille – avrebbe in relazione ad un eventuale avviso di accertamento in rettifica (totale o parziale) della propria dichiarazione dei redditi o, di converso, rispetto ad un rimborso d'imposta versata in eccesso dal contribuente medesimo.

Inoltre, non è da sottovalutare il fatto che la raccolta dei consensi dei contribuenti in materia di destinazione del cinque per mille è gestita prevalentemente sul piano delle tecniche di *marketing*, che non danno agli stessi alcuna garanzia sul riparto efficiente delle somme[4].

Verrebbe allora da chiedersi: fino a che punto si può parlare di manifestazione di volontà incondizionata da parte del contribuente?

---

[4] Fra tutti cfr. Laura Castaldi, *La destinazione del 5 per mille dell'Irpef: riflessioni intorno alle modalità di concorso dei consociati alle pubbliche spese*, in *Rassegna Tributaria*, Vol. 1, 2008, pp. 190 – 204.

Nel caso in cui non vi sia scelta alcuna da parte di quest'ultimo, la quota del cinque per mille viene inglobata nel gettito Irpef da destinare al finanziamento della spesa pubblica nel suo complesso.

Si interviene, quindi, non sul prelievo ma sulla spesa rendendo i contribuenti partecipi delle decisioni circa la destinazione e la gestione di parte delle risorse pubbliche: "*quote di potere e di responsabilità vengono trasferite dallo Stato alla società*"[5].

Se il contribuente, oltre ad apporre la propria firma nell'apposito riquadro, indica anche il codice fiscale dell'ente ammesso al beneficio, la propria quota sarà attribuita interamente a quest'ultimo; nel caso in cui il contribuente non indichi alcun codice fiscale o ne indichi uno errato o relativo ad un ente non inserito negli elenchi pubblicati dall'Agenzia delle entrate, la propria quota sarà ripartita nell'ambito delle finalità perseguite dagli enti nel cui riquadro ha apposto la propria firma, in proporzione al numero complessivo delle destinazioni dirette espresse.

Il Consiglio di Stato ha autorevolmente sostenuto che i soggetti beneficiari del cinque per mille non sono da considerarsi alla stregua dei contribuenti e che la scelta effettuata in sede di dichiarazione dei redditi non è un atto di liberalità, essendo una diretta derivazione di una scelta dello Stato di permettere che una quota delle entrate vada a beneficio di quei soggetti che integrano l'intervento pubblico in materia di politiche sociali; e ciò dopo aver effettuato gli opportuni controlli sulla sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi in capo a questi[6].

Quindi, se di vera discrezionalità del contribuente si può parlare, lo si deve fare nell'ambito di una legge dello Stato chiamato poi a verificarne l'osservanza. Quale maggiore opportunità di concorrere al *welfare* potrebbe essere data ai cittadini, se non quella di individuare i beneficiari del proprio gesto caritatevole che arricchisce chi riceve senza impoverire chi dà? Quanto appena detto va classificato quale segno nobile di uno Stato moderno.

La scelta del cinque per mille è inoltre inquadrabile nell'ambito dei dati sensibili *ex* D. Lgs. 196/2003, e ciò sembra confermare che chi effettua la scelta – e ha diritto alla riservatezza delle informazioni relative – è il contribuente, anche se compie tale attività nell'ambito delle leggi dello Stato.

Una questione di non poco conto è quella dell'individuazione dei soggetti che, in base al combinato disposto degli artt. 3, 53, 97 e 118 Cost., sono in

---

[5] Silvia Cipollina, *La Corte costituzionale ed il 5 per mille per il volontariato e la ricerca*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, n. 3, 2007, pp. 84 ss.

[6] Parere della Sez. II, adunanza del 14/11/2012, affare n. 02627/2011 (*www.giustizia-amministrativa.it – Attività consultiva*).

grado di perseguire quell'interesse pubblico degno di essere finanziato con le entrate dello Stato. A tale scopo la normativa di settore definisce i requisiti oggettivi e soggettivi che gli enti devono possedere per potersi candidare al beneficio[7].

L'acquisizione delle domande di iscrizione negli elenchi dei beneficiari avviene, per gli enti del volontariato e per le associazioni sportive dilettantistiche, ad opera dell'Agenzia delle entrate e, per le altre tipologie di enti, da parte delle rispettive Amministrazioni di competenza[8].

Completate tutte le attività istruttorie e di verifica formale e sostanziale della persistenza – in capo agli enti del volontariato beneficiari – dei requisiti di legge, segue la validazione degli elenchi da parte del Ministero del lavoro e delle politiche sociali e la pubblicazione degli stessi – integrati dall'indicazione delle scelte e degli importi – da parte dell'Agenzia delle entrate. Con riferimento alle associazioni sportive dilettantistiche è, invece, il CONI a provvedere all'inoltro all'Agenzia delle entrate degli elenchi degli enti ammessi al beneficio.

Ai fini dell'accreditamento del contributo loro spettante, gli enti benefi-

---

[7] "*I settori a sostegno della cui attività può essere destinato il beneficio del 5 per mille dell'Irpef sono i seguenti, per i quali provvede l'Ente a fianco di ciascuno indicato: Volontariato (competente la Direzione Generale per il terzo settore e le formazioni sociali Ministero del Lavoro e P.S; il beneficio è erogato dalla Divisione I); ricerca scientifica ed universitaria (competente il Ministero dell'Istruzione); ricerca sanitaria (competente il Ministero della Salute); politiche sociali perseguite dai Comuni (competente il Ministero dell'Interno); attività sportive a carattere dilettantistico (competente la Presidenza del Consiglio dei Ministri con il supporto del C.O.N.I., salvo per gli anni 2006 e 2007….). Soggetti del volontariato. Possono presentare domanda per il beneficio del 5 per mille dell'Irpef i seguenti soggetti: ONLUS - Organizzazioni Non Lucrative di Utilità Sociale (art. 10 del decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460); associazioni di promozione sociale iscritte nei registri nazionale, regionali e provinciali (art. 7, commi 1, 2, 3 e 4, della legge 7 dicembre 2000, n. 383); associazioni e fondazioni che operano senza finalità di lucro nei settori indicati dall'art. 10, comma 1, lettera a) del decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460. A questo proposito, vedi la Circolare n.56/E del 10/12/2010 dell'agenzia delle entrate Chiarimenti in merito ai soggetti destinatari della quota del cinque per mille dell'Irpef*" (*www.lavoro.gov.it/AreaSociale/CinquePerMille*).

[8] All'iscrizione telematica presso l'Agenzia delle entrate dell'elenco degli enti *non profit,* beneficiari del cinque per mille, fa seguito la pubblicazione *on line* degli elenchi prima provvisori e, dopo le eventuali rettifiche ed integrazioni, di quelli definitivi degli enti ammessi al beneficio. Ad avvenuta iscrizione i legali rappresentanti degli enti ammessi al beneficio devono inviare, a pena di decadenza, tramite raccomandata a. r. o tramite PEC, alla Direzione regionale dell'Agenzia delle entrate territorialmente competente, una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà entro i termini di legge, che attesti la persistenza dei requisiti previsti per l'iscrizione; tale dichiarazione deve essere corredata dalla copia fotostatica di un loro documento di riconoscimento in corso di validità. Per le associazioni e società sportive dilettantistiche la dichiarazione sostitutiva dovrà invece essere spedita all'Ufficio del CONI territorialmente competente. In caso di errori formali o omissioni sanabili, è prevista la possibilità di regolarizzazione entro un certo termine. In base all'art. 3 D.P.C.M. del 19/03/08 lo stesso ente può essere inserito parallelamente in più elenchi di aspiranti beneficiari, purché sia in possesso di tutti i requisiti che ne giustifichino l'inclusione (*www.agenziaentrate.gov.it – cinque per mille*).

ciari possono comunicare le proprie coordinate bancarie o postali all'Agenzia delle entrate utilizzando un apposito modello oppure attraverso modalità telematiche, se a ciò abilitati[9].

Se, nelle more dell'erogazione delle somme, l'ente beneficiario cessa la propria attività o risulta evidente che non darà più seguito al tipo di attività che ne ha legittimato l'inclusione negli elenchi degli aventi diritto, esso perde la legittimazione all'incasso di quanto allo stesso destinato. Ovviamente se l'erogazione è già avvenuta e si accerta che l'ente beneficiario – in epoca precedente al pagamento – aveva cessato l'attività, quanto ad esso corrisposto deve essere recuperato dall'Amministrazione competente.

A completamento delle attività di controllo del buon fine delle somme erogate è inoltre previsto, a carico degli enti beneficiari, l'obbligo di rendicontare, entro un anno dalla data di effettiva percezione degli importi, come questi ultimi siano stati spesi per le finalità istituzionali degli enti stessi, conformi a quelle di interesse pubblico generale. Tale rendiconto deve essere redatto secondo le linee guida e gli schemi definiti dalle Amministrazioni competenti per le diverse categorie di soggetti beneficiari[10].

Alla luce delle nuove linee guida per la predisposizione del rendiconto circa la destinazione delle quote del 5 per mille dell'Irpef del 17 luglio 2013 è possibile, per gli enti che sono di competenza del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, procedere ad accantonamenti parziali delle somme percepite[11] e beneficiare dell'esonero dall'obbligo di rendicontazione tradi-

---

[9] I pagamenti di somme superiori a 500.000 euro sono eseguiti direttamente dal Ministero, mentre per le somme inferiori provvede l'Agenzia delle entrate. Gli enti beneficiari che non comunicano all'Agenzia delle entrate gli estremi del proprio conto corrente bancario o postale, sono pagati dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali in modo alternativo; si tratta dei cosiddetti soggetti *no iban* destinati ad essere soddisfatti in via subordinata rispetto ai pagamenti erogati dall'Agenzia delle entrate e dopo che quest'ultima ha inoltrato al Ministero i relativi elenchi. Inoltre, gli enti privi di coordinate bancarie o postali devono rendere note al Ministero del lavoro e delle politiche sociali le generalità dei propri legali rappresentanti al fine di definire meglio la destinazione dei pagamenti.

[10] Con riferimento agli enti di competenza del Ministero del lavoro e delle politiche sociali il rendiconto ed i documenti ad esso relativi devono essere conservati presso la sede legale dell'ente per almeno dieci anni. Gli enti che hanno beneficiato di un contributo pari o superiore a €20.000,00 hanno l'obbligo di inviare il rendiconto al Ministero del lavoro e delle politiche sociali entro trenta giorni dalla data ultima per la compilazione prevista dalla legge. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha facoltà di: chiedere la trasmissione del rendiconto e dei relativi documenti di dettaglio agli enti beneficiari non obbligati all'invio del rendiconto; richiedere documenti integrativi agli enti obbligati all'invio del rendiconto; effettuare accessi ed ispezioni contabili presso la sede dell'ente. In caso di irregolarità riscontrate e non sanabili ai sensi della normativa vigente, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, previa contestazione, apre un contraddittorio che, qualora dovesse concludersi a sfavore dell'ente beneficiario, porterà al recupero del beneficio, oltre agli effetti sanzionatori scaturenti dalla violazione di altre norme civili e penali (*www.lavoro.gov.it/AreaSociale/CinquePerMille/* - *"Nuove Linee guida per la rendicontazione"*).

[11] "*Accantonamento parziale. È possibile per le associazioni beneficiarie del contributo accantonare in*

zionale, in caso di previa redazione del bilancio sociale[12].

Come anticipato all'inizio di questo studio, il sistema del cinque per mille, nonostante la diffusa condivisione da parte della generalità dei consociati, non è ancora oggetto di una stabile previsione normativa e il suo ripetersi nel corso degli anni è ancorato alle leggi finanziarie (o simili) integrate – con riferimento alla disciplina di dettaglio – da fonti complementari e subordinate. Il Consiglio dei ministri del 10 luglio 2014, anche in risposta alle molteplici richieste di stabilizzazione normativa dell'istituto del cinque per mille, ha approvato un disegno di legge per la riforma del Terzo settore che attribuisce al Governo la delega ad emanare, entro i termini di legge, uno o più decreti legislativi per meglio definire la disciplina degli enti privati operanti nel sociale e delle attività con finalità solidaristiche e di interesse generale. In particolare, con riferimento alle "*misure agevolative e di sostegno economico in favore degli enti del Terzo settore*", si è previsto che i decreti legislativi dovranno, tra l'altro: *"… rivedere e stabilizzare l'istituto della destinazione del 5 per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche in base alle scelte espresse dai contribuenti in favore degli enti del Terzo settore. È prevista l'introduzione di obblighi di pubblicità delle risorse ad essi destinati"*[13]. Alla luce di questa nuova tendenza stabilizzatrice dell'istituto, si auspica da più parti un celere e sistematico inquadramento giuridico dello stesso.

2. *La competenza giurisdizionale contesa in materia di cinque per mille*

Ad ulteriore conferma della natura di entrata non fiscale del contributo

---

tutto o in parte l'importo percepito, fermo restando che l'Ente beneficiario deve specificare nella relazione allegata al rendiconto le finalità dell'accantonamento effettuato ed allegare il verbale dell'organo competente previsto dallo Statuto in cui viene deliberato l'accantonamento e specificata la destinazione delle somme. Inoltre, l'Ente beneficiario dovrà allegare tutta la documentazione relativa al futuro utilizzo delle somme (es: in caso di accantonamento per costruzione immobile o sua ristrutturazione l'Ente dovrà allegare permessi di costruzione, progetti e/o preventivi di spesa). È obbligatorio, comunque, per gli Enti spendere tutte le somme accantonate e rinviare il modello di rendiconto opportunamente compilato entro 24 mesi dalla percezione del contributo". Sul punto, *l. c.*

[12] "*Alternativa alla presentazione del rendiconto. Il rendiconto non dovrà essere predisposto e trasmesso solo nel caso in cui il soggetto beneficiario rediga un bilancio sociale. A tale proposito si specifica che: qualora il bilancio sociale sia pubblicato sul sito dell'Associazione dovrà essere inviata la sola comunicazione dell'avvenuta pubblicazione sul sito e la delibera dell'organo competente di approvazione dello stesso. Qualora il bilancio sociale non sia pubblicato sul sito dell'Associazione dovrà essere trasmesso al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali allegando la delibera dell'organo competente di approvazione dello stesso, con le stesse tempistiche previste per la trasmissione del Rendiconto*". Sul punto, *l. c.*

[13] Sul punto si consulti la pagina *web* dei comunicati stampa del Consiglio dei ministri (*www.governo.it/Governo/ConsiglioMinistri/*).

del cinque per mille, c'è l'annosa questione relativa al riparto di giurisdizione in caso di ricorso proposto dagli enti esclusi dal beneficio.

Secondo il TAR Lazio "*può essere ritenuta sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo … considerato che l'atto impugnato attiene a materia non assimilabile in senso tecnico a quella delle agevolazioni fiscali di cui all'art. 19 del D. Lgs. N. 546/92*"[14].

Prima di giungere a tale orientamento giurisprudenziale si è avuta – e, secondo parte maggioritaria della dottrina, della giurisprudenza e della normativa di settore della Pubblica amministrazione, ancora si ha – una disquisizione al livello interpretativo per nulla omogenea sui diversi fronti.

Infatti, ad avviso dell'Agenzia delle entrate "*La questione esula dalle competenze delle Commissioni Tributarie, trattandosi di materia non contemplata nell'articolo 2 del D. Lgs. n. 546 del 31 dicembre 1992*"; inoltre, mancherebbero i presupposti anche per la giurisdizione amministrativa[15].

La Cassazione ha rilevato che "*occorre distinguere a seconda che la legge riconosca direttamente la spettanza del beneficio ovvero la subordini ad una valutazione discrezionale della PA, in quanto se nel primo caso la posizione del privato è sempre qualificabile in termini di diritto soggettivo, nella seconda ipotesi è d'interesse legittimo, come tale tutelabile dinanzi al giudice amministrativo*"[16].

Alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale delineata dalla Suprema corte, il Consiglio di Stato ha affermato che "*anche prima del provvedimento di erogazione può non esservi spazio per interessi legittimi, allorché la norma di previsione non attribuisca all'amministrazione poteri discrezionali, ma le conferisca soltanto poteri di certazione circa condizioni predeterminate dalla legge per l'erogazione del finanziamento, che costituisce in tal modo il contenuto di*

---

[14] Ordinanza n. 4732/2010, Sez. II (*www.giustizia-amministrativa.it*). Per un approfondimento delle posizioni in favore della giurisdizione amministrativa, si consultino anche le seguenti sentenze: TAR Puglia - Bari, sez. III, n. 101/2008 e sez. II n. 842/2008; TAR Emilia Romagna - Bologna, sez. I, n. 76/2009, *l. c.*

[15] Sul punto si consulti la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 30/E del 22 maggio 2007: "*con il Dpcm del 20 gennaio 2006 sono stati determinati sia l'an sia il quantum – essendo stati stabiliti sia i requisiti di accesso al beneficio sia i criteri di determinazione dello stesso – e, dunque, l'amministrazione si è autovincolata; non residua, infatti, ad essa alcun potere se non quello di controllare la sussistenza dei requisiti individuati a monte. L'attività esercitata successivamente all'emanazione del Dpcm non appare di tipo amministrativo discrezionale, ma può qualificarsi come vincolata e finalizzata al soddisfacimento dell'interesse privato dei richiedenti. Non rinvenendosi, pertanto, un'attività amministrativa discrezionale che si ponga tra la previsione del beneficio e la sua concreta attribuzione, la posizione giuridica tutelata appare essere di diritto soggettivo. Di conseguenza gli eventuali ricorsi avverso i provvedimenti inerenti la cancellazione per mancanza dei presupposti fissati dalla norma debbono essere indirizzati agli organi di Giustizia ordinaria*".

[16] Cass. sez. un., 23 marzo 2009, n. 6960 in *Responsabilità civile e previdenza,* n. 6, 2009, p.1390.

un diritto soggettivo perfetto, dalla legge medesima direttamente attribuito al privato"[17].

Ad aver reso ancor più accesa tale diatriba dottrinale e giurisprudenziale è stata la Commissione tributaria provinciale di Napoli[18], che è intervenuta per giudicare sull'esclusione dagli elenchi dell'Agenzia delle entrate di una ONLUS per omessa presentazione della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà relativamente alla persistenza, in capo ad essa, dei requisiti di legge. Ebbene, la Commissione tributaria partenopea ha affermato in modo chiaro e preciso che la competenza in materia di legittimità dei provvedimenti di esclusione di cui si discute è dei giudici tributari. A tale conclusione i giudici napoletani sono giunti seguendo l'orientamento della Cassazione[19], che ha dichiarato la giurisdizione tributaria competente in materia di legittimità dei provvedimenti di cancellazione o non iscrizione dei soggetti istanti nell'anagrafe unica delle ONLUS *ex* art. 11 D. Lgs. n. 460/97, inquadrando tale fattispecie nel *genus* dei dinieghi delle agevolazioni fiscali impugnabili davanti al giudice tributario, come previsto dall'art. 19 D. Lgs. n. 546/92.

A ben vedere, si tratta di due fattispecie diverse, essendo la pronuncia della Cassazione relativa alla legittimità dei provvedimenti di cancellazione o rifiuto di iscrizione delle ONLUS nell'anagrafe unica, mentre la Commissione tributaria di Napoli si è pronunciata sull'esclusione dei soggetti interessati dagli elenchi degli ammessi al beneficio pubblicati annualmente dall'Agenzia delle entrate; inoltre è da considerare che tra i soggetti ammissibili al riparto del cinque per mille vi sono anche enti diversi dalle ONLUS, per i quali non si presenta la questione della previa registrazione nell'anagrafe unica[20].

L'art. 2 del D. Lgs. n. 546/92 recita: "*appartengono alla giurisdizione tributaria tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie comunque denominati*"; ragion per cui le conclusioni in tema di competenza giurisdizionale dei giudici tributari napoletani di prima istanza non sono condivise dalla dottrina maggioritaria che, anche alla luce del succitato orientamento della Corte costituzionale[21], ritiene che il beneficio del cinque per mille non abbia natura tributaria e quindi sia di competenza di altri fori.

In particolare, l'orientamento giurisprudenziale ad oggi prevalente, ai fini dell'inquadramento della fattispecie in esame nell'ambito del *genus* del

---

[17] Decisione della Sez. V, 9 giugno 2009, n. 3532 (*www.giustizia-amministrativa.it*).

[18] Sez. XXVIII sent. n. 376 del 29 aprile 2010, in *Rassegna tributaria*, n. 2, 2011, p. 526.

[19] Sent. sez. un. n. 1625 del 27 gennaio 2010, in banca dati fisco*online*.

[20] Cfr. Alessio Persiani, *Note a margine sulla giurisdizione in tema di ripartizione del cinque per mille*, in *Rassegna tributaria*, n. 2, 2011, pp. 526 - 537.

[21] Sent. 202/2007, *l. c.*

diritto soggettivo, pone l'accento sull'interesse che risulta essere perseguito dalla legge, passando in secondo piano il grado di discrezionalità dell'operato della Pubblica amministrazione. Inoltre, il summenzionato orientamento della Corte costituzionale chiaramente evidenzia la volontà del legislatore di dar forza a quella serie di interventi a carattere volontario – da parte dei contribuenti – volti a finanziare una quota delle spese del sociale; ciò darebbe forma ad un diritto di credito – in capo agli enti inclusi negli elenchi pubblicati annualmente dall'Agenzia delle entrate – alla corresponsione del beneficio del cinque per mille[22]; mentre a questo punto sembrerebbe potersi sussumere che più garantista risulti la tutela del giudice ordinario.

3. *Il sostentamento del clero cattolico: il mosaico normativo*

Fino ai primi anni Ottanta del secolo scorso, il sistema italiano di sostentamento del clero cattolico corrispondeva nell'ordinamento canonico agli istituti del beneficio ecclesiastico e del supplemento di congrua[23].

Oggi esso, in quanto materia di interesse comune, è oggetto di una tutela rafforzata[24], giuridicamente collocabile in una fascia intermedia fra Costituzione e fonti legislative primarie.

In particolare, la complessità di tale istituto è disciplinata dagli artt. 7, 20 e 117 co. 1 della Costituzione, dalla L. n. 222/1985, nonché dalla normativa civile, tributaria, ecclesiastica e canonica di settore. Tale *mix* normativo è integrato dalle disposizioni di dettaglio che disciplinano la remunerazione dei sacerdoti di culto cattolico dediti all'assistenza spirituale dei corpi separati (Forze armate, Polizia di Stato, strutture detentive e penitenziarie)[25]

---

[22] A favore della giurisdizione del giudice ordinario, si consultino: TAR Toscana – Firenze, sentenze n. 246/2008, n. 294/2008 e n. 1336/2008; Consiglio di Stato ordinanze nn. 1285, 1303, 1307, 1308 e 1309 dell'11/03/2008; TAR Lombardia – Milano, sentenza n. 5942/2008 (*www.giustizia-amministrativa.it*).

[23] Il beneficio ecclesiastico si componeva di tutti i beni che facevano capo ad un ufficio ecclesiastico ed il cui reddito era destinato primariamente al sostentamento del chierico titolare dell'ufficio. La frequente insufficienza di tale flusso reddituale spinse lo Stato italiano ad integrarlo per portarlo ad un livello congruo. Tale sistema era fortemente iniquo con riferimento alla distribuzione della ricchezza: infatti le Parrocchie rurali con pochi fedeli godevano spesso dei ricchi benefici capitalizzati negli anni, mentre le Parrocchie urbane neo-costituite non riuscivano a sostenere le proprie spese per la pratica del culto. Inoltre, vi era una palese violazione dei principi di libertà e di uguaglianza religiosa sanciti dalla Costituzione, essendo il sostentamento del clero cattolico a carico del bilancio statale e quindi di tutti i contribuenti a prescindere dal loro credo.

[24] Cfr. Francesco Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2003, pp. 119-128.

[25] Alla luce della L. n. 512/1961, sullo "*Stato giuridico, avanzamento e trattamento economico del personale addetto all'assistenza spirituale delle Forze Armate dello Stato*" (integrata dal D. Lgs. n. 490/1997) è stata istituita una "*diocesi trans-territoriale*" – con riferimento alle Forze armate – che

e di quelli che si occupano dell'assistenza spirituale dei lavoratori e degli utenti delle aziende ospedaliere del Servizio sanitario nazionale[26]. Inoltre, vanno considerate le "*Norme sullo stato giuridico degli insegnanti di religione cattolica degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado*"[27], con particolare riferimento ai sacerdoti che, su designazione della Diocesi, svolgono attività di docenti di religione cattolica nelle scuole pubbliche.

Le succitate categorie di esercenti il servizio pastorale nei vari contesti della Pubblica amministrazione sono coperti, con riferimento all'aspetto retributivo, dalla generale previsione concordataria – ripresa dagli Accordi di Villa Madama del 1984 – circa l'attribuzione a carico dello Stato di tale incombenza; su tale base retributiva il sistema degli Istituti per il sostentamento del clero effettua un intervento a carattere eventuale ed integrativo, qualora la retribuzione di base non sia congrua rispetto ai parametri previsti dalle Delibere della CEI ed alle statuizioni della L. n. 222/1985.

4. *Gli Istituti per il sostentamento del clero: classificazione e funzionamento*

Il fulcro del sistema di sostentamento del clero cattolico è rappresentato – secondo il combinato disposto trasversale dell'art. 21 della L. n. 222/1985 e del can. 1274 del *Codex Juris Canonici* del 1983 – dalla rete degli Istituti per il sostentamento del clero.

Si tratta di enti autonomi con personalità giuridica sia di diritto civile che di diritto canonico con il fine principale di assicurare ai ministri del culto cattolico la congrua *sustentatio*.

Mentre gli Istituti diocesani per il sostentamento del clero hanno competenza nelle singole Diocesi, e dunque non sono esenti dal potere di controllo

---

dipende da un vescovo (l'ordinario militare d'Italia) dotato di una propria Curia e con il grado di generale di corpo d'armata; egli guida un Corpo di cappellani militari aggregati alle varie formazioni militari in base ad una gerarchia che corrisponde ai gradi militari ufficiali. Secondo la L. n. 121/1981 (integrata dal D.p.r. n. 92/1991 e dal D.p.r. n. 421/1999) l'assistenza spirituale degli appartenenti alla Polizia di Stato è erogata da sacerdoti non facenti parte del corpo; essi sono designati dalla Diocesi e remunerati dalla Pubblica amministrazione. In base alla L. n. 354/1975 sull'ordinamento penitenziario dello Stato (integrata dalla L. n. 68/1982 e dal D.p.r. n. 230/2000) il "*trattamento giuridico ed economico dei cappellani degli Istituti di prevenzione e pena*" avviene in base ad un vero e proprio rapporto di pubblico impiego, con remunerazione a carico della Pubblica amministrazione.

[26] Le leggi n.132/1968 e n. 833/1968 relative al S.S.N. sanciscono che sia "*assicurata l'assistenza religiosa nel rispetto della volontà e libertà del cittadino*" e che, con riferimento al "*servizio di assistenza religiosa cattolica, d'intesa con gli Ordinari diocesani competenti per territorio*", sia garantita l'assistenza spirituale ai pazienti ricoverati negli ospedali su iniziativa delle ASL; la remunerazione dei sacerdoti ivi impegnati è a carico della Pubblica amministrazione.

[27] In particolare la L. n.186/2003.

del vescovo locale, l'Istituto centrale per il sostentamento del clero, che ha sede a Roma, è sottoposto alla diretta giurisdizione della Conferenza episcopale italiana[28].

Alla luce di quanto detto, gli Istituti per il sostentamento del clero potrebbero benissimo essere inquadrati nel *genus* delle fondazioni finalizzate a garantire il sostentamento – integrale o integrativo – dei chierici in servizio presso le Diocesi e ad assicurare agli stessi una previdenza/assistenza complementare e integrativa.

I rapporti fra Istituto centrale ed Istituti diocesani sono disciplinati dagli artt. 42, 43 e 44 della L. n. 222/1985. Essi consistono in interventi periodici – da parte dell'Istituto centrale – finalizzati all'integrazione delle risorse patrimoniali dei singoli Istituti diocesani. L'Istituto centrale, inoltre, esegue una puntuale attività di coordinamento e di vigilanza amministrativa, finanziaria e contabile su tutto il sistema[29].

È interessante approfondire l'inquadramento giuridico degli enti ecclesiastici destinatari degli aiuti nel *genus* dei soggetti dotati di personalità giuridica con effetti civili, requisito fondamentale per l'interazione con gli altri operatori del diritto. Anche a tal fine non si può prescindere dalla L. n. 222/85, recante "*Disposizioni sugli enti e beni ecclesiastici in Italia e per il sostentamento del clero cattolico in servizio nelle diocesi*"[30].

---

[28] La costituzione degli Istituti di cui sopra ha determinato l'estinzione dei precedenti enti beneficiali che, prima degli Accordi di Villa Madama del 1984, garantivano la *honesta sustentatio* dei ministri di culto cattolici, al netto degli interventi statali di pagamento del supplemento di congrua. A questa soppressione ha fatto seguito l'integrale devoluzione agli Istituti diocesani di tutto il patrimonio riconducibile agli enti pregressi sul medesimo territorio diocesano e si è avuto il subentro degli Istituti nell'universalità dei rapporti patrimoniali relativi ai precedenti enti beneficiali. Gli Istituti diocesani per il sostentamento del clero hanno poi devoluto alle Diocesi ed alle Parrocchie la proprietà immobiliare dei beni per costituire il patrimonio di queste ultime, anche al fine di permettere loro il sostentamento dei sacerdoti in esse impegnati. Inoltre, il complesso di tali dotazioni patrimoniali è integrabile con attività negoziali di diritto privato che i singoli Istituti e gli enti ecclesiastici sono legittimati a porre in essere dalla normativa civile e canonica.

[29] All'inizio di ogni esercizio finanziario, i singoli Istituti diocesani trasmettono all'Istituto centrale il proprio stato di previsione economico-finanziaria, redatto partendo dalle dichiarazioni presentate dai singoli sacerdoti operanti nella Diocesi e accompagnato dalle relative richieste di integrazione. L'Istituto centrale, dopo i controlli di rito, eroga ai singoli Istituti diocesani le rispettive spettanze. Al termine di ogni esercizio finanziario, i singoli Istituti diocesani trasmettono all'Istituto centrale un consuntivo del *quantum* effettivamente erogato ai propri ministri di culto nell'anno finanziario con le eventuali eccedenze di cassa, poi rimesse dai medesimi Istituti diocesani all'Istituto centrale a fini di perequazione ed eventuale redistribuzione a chi di dovere.

[30] Sul punto si consulti anche la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 30/E del 22 maggio 2007 la quale, riferendosi alla L. n. 222/85, recita: "*L'articolo 1 di tale legge prevede che 'gli enti costituiti ed approvati dall'autorità ecclesiastica, aventi sede in Italia, i quali abbiano fine di religione o di culto, possono essere riconosciuti come persone giuridiche agli effetti civili con decreto del Presidente della Repubblica, udito il parere del Consiglio di Stato'. Una volta ottenuto il riconoscimento, tali enti – a*

5. *La natura della remunerazione del clero: forma tangit substantiam?*

In linea di principio, si può affermare che i primi responsabili del sostentamento dei sacerdoti sono gli enti presso cui gli stessi prestano servizio[31].

Il combinato disposto dell'art. 24 della L. n. 222/1985 e del can. 1274 del *Codex Juris Canonici* del 1983, affermerebbe che la remunerazione–sostentamento del servizio pastorale sia riconducibile al *genus* del diritto soggettivo.

Secondo un primo orientamento dottrinale e giurisprudenziale[32], vi sarebbe incompatibilità di questo diritto con una dimensione retributiva, presentando lo stesso i caratteri di un diritto di credito di competenza del giudice civile ordinario in caso di controversie ad esso relative.

In base ad un approccio più marcatamente canonista, rispetto al servizio prestato dai ministri di culto, il sostentamento di questi non andrebbe considerato alla stregua di un prezzo dell'attività pastorale svolta, avendo esso il duplice fine di consentire loro di non dedicarsi ad attività economiche che li distrarrebbero dalla propria missione e di preservarli dalle ansie della vita mondana, non prescindendo dal saldo legame con la Chiesa-Istituzione; ci sarebbe quindi indipendenza tra vincolo sacerdotale e retribuzione, ma i sacerdoti hanno comunque diritto alla remunerazione per il loro ministero ecclesiastico[33].

---

norma dell'articolo 5 della richiamata legge n. 222 – 'devono iscriversi nel registro delle persone giuridiche', secondo le modalità attualmente previste dal DPR n. 361 del 7 dicembre 2000 (Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento delle persone giuridiche private e di approvazione dell'atto costitutivo)".

[31] Il requisito fondamentale individuato dalla CEI, ai fini del sostentamento del clero cattolico, è rappresentato dal "*servizio stabile all'interno della Diocesi*", secondo quanto previsto dal citato can. 1274 § 1 del *CIC* e dall'art. 24, 2° co. della L. n. 222/85. Con propria Delibera n. 46, sempre la CEI, alla luce del can. 281 § 1 del *Codex Juris Canonici*, ha previsto che hanno diritto alla piena remunerazione corrisposta dagli Istituti diocesani per il sostentamento del clero solo i sacerdoti che si dedichino "*a tempo pieno*" all'esercizio del ministero pastorale diocesano. I sacerdoti che esercitano, invece, il proprio ministero "*a tempo definito*", e cioè con carattere accessorio rispetto ad altra attività prevalente, riceveranno un'equa remunerazione per la sola attività effettuata. Con Delibera n. 43, integrata dal Decreto presidenziale n. 879, la CEI ha quantificato in astratto la *honesta sustentatio* prevedendo che i due terzi della remunerazione base siano uguali per tutti i sacerdoti aventi diritto e determinando la parte residua in base a dei parametri corrispondenti ad un certo numero di punti (in relazione ai diversi uffici; all'anzianità di esercizio del ministero sacerdotale; alla residenza; al possesso o meno di un alloggio ecclesiastico, ecc.).

[32] Cfr. Enrico Vitali - Antonio Giuseppe Chizzoniti, *Diritto ecclesiastico - Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 89. Sul punto si consideri anche la sentenza della Cass. civ. sez. un., n. 8870, 28 agosto 1990, in *Il foro italiano*, I, 1991, c. 1847 ss., secondo la quale "*la peculiarità del ministero presbiteriale … porta con sicurezza ad escludere che quella corrisposta al sacerdote per il suo sostentamento sia equiparabile alla retribuzione per un lavoro prestato in senso tecnico*".

[33] Cfr. Pio Vito Pinto, *Commento al Codice di Diritto Canonico*, I, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2001, p. 169, per il quale, abbandonato l'antico criterio secondo cui il titolo di ordi-

Che non si tratti di attività lavorativa in senso stretto è confermato anche dall'art. 25 della L. n. 222/1985 secondo il quale: "*la remunerazione di cui agli art. 24, 33 lett. a) e 34 è equiparata ai soli fini fiscali, al reddito da lavoro dipendente*".

Sarebbe quindi da privilegiare quella dottrina che riconduce il diritto alla remunerazione ecclesiastica al *genus* del "*diritto di natura alimentare o assistenziale*"[34], tenendo anche in debita considerazione l'orientamento della Corte di cassazione che ha visto nella *sustentatio* una remunerazione "*riconducibile ad una forma di assistenza obbligatoria*"[35].

6. *Il rapporto cordiale tra la giurisdizione civile e quella canonica in materia di sostentamento del clero*

Con riferimento all'individuazione del giudice competente in materia di sostentamento del clero sembra potersi escludere la possibilità di un ricorso simultaneo sia alla giurisdizione civile sia agli organi decisori canonici, onde evitare un *bis in idem* sostanziale ed un eventuale contrasto fra decisioni.

La Cassazione[36] ha infatti stabilito che, fra la giurisdizione civile e quella canonica *ex* art. 34 della L. n. 222/1985, sussiste un rapporto di tipo concorrente in via alternativa, secondo il principio: "*electa una via, non datur recursus ad alteram*".

Nel caso in cui fosse preferito il foro civile a quello canonico, secondo consolidata giurisprudenza di legittimità, competente sarebbe il giudice del lavoro[37].

Quale valenza dare alla decisione del foro canonico in ambito civile? Autorevole dottrina ha sostenuto che la decisione canonica definitiva, pur non

---

nazione costituisce il cespite di sicurezza sociale, viene opportunamente stabilito dal nuovo codice che il chierico potrà provvedere al suo sostentamento, con diritto ad una congrua remunerazione, "*attenendosi a due criteri che non sono equiparati, né a un egualitarismo demagogico, né a privilegi speciali: a) la qualità della sua prestazione (muneris natura); b) il livello economico-sociale dell'ambiente in cui egli esercita il suo ministero.*"

[34] Cfr. Enrico Vitali - Antonio Giuseppe Chizzoniti, *op. cit*., p. 90.

[35] Sul punto cfr. Cass. sez. lavoro, sentenza n. 4871 del 27 maggio 1996, in *Foro It*., I, 1996.

[36] Sul punto cfr. Cass. civ. sez. un., sentenza n. 8870 del 28 agosto 1990, *l. c.*

[37] Sul punto cfr. Cass. sez. lavoro, sentenza n. 4871, *l. c*., in cui la Cassazione ha negato che l'attività esercitata dal presbitero sia riconducibile al *genus* del rapporto di lavoro alle dipendenze della Diocesi e quindi all'art. 409, 3 co. c.p.c., confermando la competenza del pretore, in veste di giudice del lavoro e avendo classificato il rapporto di cui in giudizio nel *genus* dell'assistenza obbligatoria. Sulla competenza del giudice civile in veste di giudice del lavoro, si consideri anche la sent. della Cass. sez. lavoro n. 2757, dell'8 febbraio 2006, in *Mass. Giur. It.*, 2006.

avendo i caratteri propri del titolo esecutivo civile, prodromico ad un'esecuzione forzata patrimoniale nei confronti di quell'Istituto diocesano che dovesse disattenderla, potrebbe ben configurare quella prova certa e scritta, *ex* artt. 634 e ss. del codice di procedura civile, per l'emissione del decreto ingiuntivo propedeutico all'esecuzione medesima[38]. Tale orientamento dottrinale andrebbe, però, confortato dall'emanazione di una più chiara normativa di settore e/o dal consolidarsi di una nuova prassi applicativa, al fine di amalgamare le differenze formali e sostanziali in materia procedurale (sistema delle notifiche, termini, figure professionali coinvolte, ecc.) tipiche dei due generi di giurisdizione.

7. *Il sistema previdenziale ed assistenziale del clero ed il concetto di lavoro lato sensu*

Nonostante le incertezze terminologiche e concettuali relative all'espressione "*previdenza sociale*", soprattutto con riferimento ai ministri di culto, il legislatore è riuscito a fissare un punto fermo: il rapporto di lavoro alla base del sistema previdenziale deve essere considerato in senso ampio *ex* art. 4 Cost.; ed è proprio grazie a questa concezione ampia del lavoro che è stato possibile estendere la disciplina previdenziale a beneficio dei ministri di culto[39].

L'attuale sistema previdenziale ed assistenziale degli appartenenti alla categoria è basato essenzialmente sul fondo clero[40] istituito presso l'INPS e

---

[38] Cfr. Francesco Finocchiaro, *op. cit.*, p. 335.

[39] Cfr. Angelo Licastro, *I ministri di culto nell'ordinamento giuridico italiano*, Giuffré, Milano, 2005, p. 470: "*Ecco, quindi, il tratto peculiare della posizione del ministro di culto: questi non è giuridicamente qualificabile in senso proprio come 'lavoratore', e malgrado ciò, per espressa previsione di legge, è destinatario di alcuni diritti (di natura previdenziale) che, proprio per la natura dell'attività ministeriale svolta, altrimenti non gli spetterebbero*".

[40] Il fondo clero gestisce gli obblighi contributivi ed eroga le prestazioni correlate con lo *status* sacerdotale degli iscritti. Esso è compatibile con l'assicurazione generale obbligatoria (AGO) e con altre forme di previdenza sostitutive, esclusive o esonerative di quest'ultima. I soggetti assicurati sono: sacerdoti secolari e ministri di culto delle Confessioni diverse dalla religione cattolica, con cittadinanza italiana e residenza in Italia. A decorrere dall'1/1/2000 l'iscrizione al fondo è stata estesa anche ai sacerdoti e ai ministri di culto privi della cittadinanza italiana e che prestano servizio in Italia presso Diocesi italiane e presso le Chiese o gli Enti non cattolici riconosciuti. Dalla medesima data è possibile l'iscrizione al fondo anche per i sacerdoti e i ministri di culto con cittadinanza italiana e prestanti servizio all'estero per conto di Diocesi italiane e delle Chiese o Enti non cattolici riconosciuti. Sono esclusi i religiosi regolari (francescani, domenicani, ecc.), mentre i rabbini e i vice-rabbini ne sono esonerati. L'iscritto, a cui sia venuto meno l'obbligo di contribuzione al fondo, può chiedere l'autorizzazione ai versamenti volontari. L'obbligo contributivo viene meno in caso di: perdita dello stato clericale; perdita della cittadinanza italiana; trasferimento all'estero; passaggio dallo *status* sacerdotale secolare a quello di sacerdote regolare (*www.inps.it*).

disciplinato dalla L. n. 903/1973, che ha unificato il fondo del clero secolare cattolico e quello dei ministri di culto delle Confessioni diverse dalla religione cattolica[41].

Tale sistema previdenziale sembra prescindere dalla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato in capo al ministro di culto, tutelando gli esercenti il servizio ministeriale in base al mero rilievo sociale dell'attività svolta.

I contributi previdenziali al fondo per i ministri di culto vengono versati per importi fissi e uguali per tutti gli interessati[42]; tale versamento è effettuato, con riferimento ai ministri del culto cattolico, dall'Istituto centrale per il sostentamento del clero[43]. Inoltre, l'art. 27 della L. 222/1985, disciplinando le funzioni previdenziali a carattere integrativo e autonomo per il clero, prevede che i relativi contributi siano attinti dalla quota dell'otto per mille che la CEI destina al sostentamento del clero.

In una prima fase di attuazione dell'istituto, i sacerdoti divenuti inabili rispetto al ministero pastorale – a causa della salute compromessa o dell'età avanzata – e i vescovi emeriti beneficiavano unicamente della pensione del fondo clero INPS. Considerato che gli stessi non potevano essere ammessi al normale sistema di congruo e dignitoso sostentamento, previsto solo per i sacerdoti che svolgevano servizio in favore della Diocesi, è stato introdotto un sistema integrativo. L'Assemblea dei vescovi nel mese di maggio del 1990 ne ha disciplinato il meccanismo tramite la Delibera n. 54 e poi tramite l'art. 5 della Delibera n. 58 del 1991, prevedendo che i vescovi emeriti e i sacerdoti inabili di ogni età beneficino di un assegno integrativo delle rispettive pensioni a cui hanno già diritto, fino ad un certo limite; al finanziamento delle funzioni previdenziali provvede la Conferenza episcopale italiana mediante la trasmissione, a cadenza annuale, del *quantum* delle risorse a ciò necessarie all'Istituto centrale.

---

[41] Al servizio religioso prestato dai ministri di culto fu riconosciuta rilevanza sociale nel 1961 con conseguente istituzione di due fondi presso l'INPS: uno per la previdenza del clero secolare e uno per quella dei ministri delle Confessioni non cattoliche. In precedenza, il R. d. 1482/1924 aveva previsto di assoggettare all'assicurazione obbligatoria prevista per i lavoratori dipendenti "*i sacerdoti solo nel caso che godano di una retribuzione da parte di enti, associazioni e privati per ufficio cui non sia annesso un beneficio ecclesiastico*".

[42] Il fondo si alimenta tramite un contributo annuale degli iscritti integrato da un contributo a carattere straordinario da parte dello Stato; il primo è un contributo capitario in misura fissa aggiornato all'occorrenza con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, secondo l'aumento percentuale delle pensioni corrisposte e tenendo conto della perequazione automatica. Analogamente viene aggiornato anche il contributo dello Stato.

[43] L'art. 25, co. 2, L. 222/1985 recita: "*L'Istituto centrale… versa anche, per i sacerdoti che vi siano tenuti, i contributi previdenziali ed assistenziali previsti dalle leggi vigenti*".

Per consentire ai ministri dei culti non cattolici di accedere al fondo clero la legge istitutiva ha previsto l'onere della stipula di mini-intese da parte delle rispettive Confessioni religiose di appartenenza. La normativa di settore non include nella tutela previdenziale i religiosi appartenenti ad un ordine regolare. Quali sono i motivi che giustificano, sia dal punto di vista morale sia giuridico, tale esclusione? Essa sarebbe motivata dalla c.d. "*logica ordinistica*" secondo la quale l'opera del religioso, essendo finalizzata al perseguimento dei fini istituzionali propri dell'ordine di appartenenza, non sarebbe inquadrabile nel *genus* del rapporto di lavoro subordinato, costituendo una forma di adempimento dei voti di obbedienza e povertà[44].

Autorevole dottrina, pur non qualificando il rapporto tra religioso e Istituto di appartenenza come lavoro subordinato o parasubordinato, sostiene che durante la permanenza all'interno dell'Ordine questi rinuncerebbe legittimamente alla retribuzione, sostituendola col mantenimento[45]. Al contrario, qualora ci fosse l'abbandono della vita consacrata da parte di un religioso, l'attività lavorativa da questi prestata in costanza di osservanza della regola, secondo il diritto comune, legittimerebbe il medesimo a chiedere l'indennità di fine rapporto[46].

A completamento di tali riflessioni verrebbe da chiedersi: la differenza tra un sacerdote regolare e uno secolare – ai fini pensionistici – è solo di forma o anche di sostanza? E ciò anche in considerazione del fatto che, come ampiamente argomentato nella presente trattazione, l'attività svolta da entrambi non sarebbe inquadrabile nel *genus* del rapporto di lavoro subordinato. La risposta va cercata, senza alcuna pretesa di esaustività, in una dinamica lettura d'insieme della normativa di dettaglio di matrice civile, tributaria, ecclesiastica e canonica, integrata dalle regole dei vari ordini religiosi.

8. *Il contributo dell'otto per mille alla Chiesa cattolica e i benefici fiscali delle liberalità in denaro*

L'Istituto centrale per il sostentamento del clero è stato dotato dalla CEI in sede di costituzione – *ex* art. 40 L. n. 222/85 – di un proprio patrimonio integrabile con attività negoziali di diritto privato che lo stesso è legittimato a porre in essere. Nonostante ciò, la parte più cospicua di questo patrimonio

---

[44] Cfr. Giancarlo Perone, *La previdenza per i ministri di culto e per i religiosi, Rapporti di lavoro e fattore religioso*, Jovene, Napoli, 1988, p. 32.

[45] Cfr. Francesco Finocchiaro, *op. cit.,* p. 408.

[46] *Ivi*, p. 409.

è costituita dall'otto per mille. Tale quota è erogata dallo Stato italiano alla CEI e, successivamente, è da quest'ultima destinata al sostentamento del clero cattolico.

Infatti, l'art. 47 co. 2 della L. n. 222/1985 prevede che sia annualmente attribuita una quota dell'otto per mille del gettito fiscale Irpef alla Chiesa cattolica – designando la Conferenza episcopale italiana quale destinataria di tale elargizione – da destinare "*a scopi d'interesse sociale e di carattere umanitario a diretta gestione statale e, in parte, a scopi di carattere religioso a diretta gestione della Chiesa cattolica*"[47].

Tale elargizione, prosegue l'art. 47 al suo co. 3, è ripartita "*sulla base delle scelte espresse dai contribuenti in sede di dichiarazione annuale dei redditi*", con la questione residua e controversa che alla Chiesa cattolica – ma questo vale anche per tutti gli altri soggetti beneficiari – vada attribuita una quota dell'8 per mille anche del gettito derivante da quei contribuenti che non hanno espresso alcuna scelta in sede di dichiarazione, in misura proporzionale al complesso delle scelte espresse.

Ottenuto il finanziamento, la Conferenza episcopale italiana è responsabile della destinazione di questo alle finalità *ex* art. 48 della L. n. 222/1985: e cioè "*per esigenze di culto della popolazione, sostentamento del clero, interventi caritativi a favore della collettività nazionale o dei Paesi del Terzo Mondo*"[48].

Inoltre, la Conferenza episcopale italiana è l'organo titolare dei più penetranti poteri di controllo e di garanzia del corretto funzionamento della *sustentatio clericorum* e, in quanto tale, la stessa è, a sua volta, soggetto passivo dell'attività di controllo da parte dello Stato[49].

Un'ulteriore forma di finanziamento statale (questa, però, a carattere indiretto, *ex* art. 46 della L. n. 222/1985) è data dalla possibilità per i contri-

[47] Per un approfondimento della "*Ripartizione 2013*" e del "*Rendiconto*" è consultabile la pagina *web* a ciò dedicata sull'apposito sito di settore (*www.8xmille.it*).

[48] "*Ogni anno, durante l'Assemblea Generale, la CEI determina la suddivisione dei fondi destinati alla Chiesa cattolica per le tre finalità previste dalla legge: sostentamento del clero, esigenze di culto e pastorali, interventi caritativi in Italia e nei Paesi del Terzo Mondo. La disponibilità per il 2013 è di 1.032.667.596,34 (così ripartita: 420.667 migliaia di euro per esigenze di culto e pastorale, 240.000 per interventi caritativi, 382.000 per sostentamento del clero, 10.000 accantonamento per culto, pastorale, carità). Il trend è in decrescita rispetto al 2012 che registrava una disponibilità di un miliardo e 148.076 migliaia di euro. Ma è pur sempre una somma ragguardevole*". Trattasi di un estratto dal contributo scientifico di Ombretta Fumagalli Carulli, *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica: indipendenza, sovranità e reciproca collaborazione, a proposito dell'art. 1 Accordo di revisione concordataria,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* n. 3, 2014 (*www.statoechiese.it*).

[49] La CEI, *ex* art. 44 della L. n. 222/1985, applicativa degli Accordi di Villa Madama del 1984, annualmente elabora un rendiconto generale sulla destinazione delle somme di cui all'8 per mille dell'Irpef e lo trasmette al Ministero dell'economia e delle finanze.

buenti di "*dedurre dal proprio reddito complessivo le erogazioni liberali in denaro, fino all'importo di due milioni di lire, a favore dell'Istituto centrale per il sostentamento del clero*"; oggi l'equivalente in euro è pari a 1.032,91 annui che i contribuenti possono dedurre dal reddito imponibile ai fini Irpef in sede di dichiarazione dei redditi.

Gli aiuti erogati dallo Stato italiano tramite gli istituti di cui al presente paragrafo – analogamente a quanto già rilevato in precedenza con riferimento al cinque per mille – devono essere considerati anche alla luce dell'art. 118 co. 4 Cost., e cioè nell'ambito della sussidiarietà orizzontale.

Considerato che, secondo tale articolo "*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni*" devono favorire "*l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli ed associati, per lo svolgimento di attività d'interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*", si può considerare il sostegno dato dallo Stato ai ministri di culto impegnati in attività di interesse pubblico costituzionalmente tutelate, (sanità, istruzione, assistenza ai più deboli, ecc.,) quale strumento fondamentale di completamento dell'attività della Pubblica amministrazione nei medesimi ambiti.

9. *Il sostentamento delle Confessioni non cattoliche alla luce del principio della laicità inclusiva*

Con riferimento al sostentamento dei ministri del culto non cattolico esercenti il proprio *munus* in Italia, è d'obbligo riflettere sull'ancora attuale e dinamico principio costituzionale della laicità inclusiva.

I rapporti fra lo Stato italiano e le Confessioni religiose diverse dalla cattolica si inseriscono all'interno della bilateralità pattizia e concordataria, tipica delle relazioni fra lo Stato e la Chiesa cattolica[50].

Le intese tra lo Stato italiano ed i referenti dei culti non cattolici non sono suscettibili di emendamenti unilaterali da parte del Parlamento, potendo esse essere solo recepite nelle relative leggi di approvazione e modificate unicamente per effetto di nuove intese.

Eventuali emendamenti delle intese posti in essere unilateralmente dallo Stato sarebbero incostituzionali per contrasto con l'art. 8 co. 3 Cost.; da ciò si evince che le intese stesse assurgono a "*parametro interposto di costituzionalità*"[51] delle leggi di approvazione, che si qualificano nel sistema

[50] Cfr. Pasquale Lillo, *Art. 7 Cost.*, *Commentario alla Costituzione*, I, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, UTET, Torino, 2006, pp. 186 ss.

[51] Cfr. Barbara Randazzo, *Art. 8 Cost.*, *ivi*, pp. 207-208.

delle fonti del diritto, come fonti primarie rinforzate[52].

Le Confessioni religiose non cattoliche prive d'intesa non beneficiano di alcun supporto finanziario da parte dello Stato italiano, mentre a quasi la totalità di quelle che hanno posto in essere un'intesa *ex* art. 8 co. 3 Cost. spetta un sostegno finanziario pubblico, diretto o indiretto.

Da una disamina approfondita delle singole leggi di approvazione e/o di esecuzione delle suddette intese, si evincono analoghi strumenti di supporto finanziario rispetto a quelli previsti dagli Accordi di Villa Madama del 1984 e dalla speculare L. n. 222/85 per la Chiesa cattolica, e cioè l'otto per mille dell'Irpef – sia sulla base delle indicazioni dei contribuenti che in proporzione alle stesse – e la possibilità di dedurre fiscalmente entro certi limiti di importo (fino a euro 1.032,91 annui) gli atti di liberalità in denaro effettuati dai contribuenti a favore della propria Confessione religiosa. Così come è previsto per la Chiesa cattolica, le Confessioni non cattoliche che, alla luce delle intese con lo Stato italiano, partecipano al sistema dell'8 per mille dell'Irpef, devono rendicontare al Ministero dell'economia e delle finanze le modalità di effettivo impiego delle somme introitate.

Anche se i sistemi di intervento statale a favore dei vari enti religiosi presentano delle differenze, quello che si evince dalla normativa sul sostentamento dei ministri di culto nel suo insieme è che lo Stato sostiene, in via principale, le attività delle singole Confessioni religiose.

Ciò si desume anche considerando che l'accesso al sistema trae impulso dalla concreta attuazione del principio di bilateralità e che le modalità in cui si strutturano i finanziamenti o si individuano i fini cui essi sono destinati, sono regolati dalla normativa pattizia.

Da quanto detto si deduce che sono le Confessioni religiose a decidere come impiegare i fondi alle stesse destinati e, in particolare, se usarli per il sostentamento dei propri ministri di culto o per altre finalità benefiche. Su tali decisioni incidono sia i principi che il tipo di organizzazione tipici di ciascun gruppo confessionale.

Tale sistema permette di tutelare l'autonomia organizzativa intrinseca propria di ogni Confessione religiosa e, comunque, non può arrivare ad escludere ogni sorta di diritto alla remunerazione per chi esercita, nel proprio ambito, un ministero.

Su questo punto la Cassazione ritiene sussistente, in capo al ministro di culto, un diritto alla remunerazione che, anche se "*non inquadrabile nell'area applicativa dell'art. 36 Cost., è pur sempre riconducibile al fondamentale*

---

[52] Cfr. Ida Nicotra, *Diritto pubblico e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 413.

principio dell'art. 2 Cost., toccando la tutela della persona in relazione all'esigenza di sostentamento"[53].

Per quanto riguarda l'assistenza spirituale erogata all'interno delle comunità separate della Pubblica amministrazione, le leggi d'intesa prevedono, *ex* art. 19 Cost., la facoltà per i ministri di culto non cattolico di accedere alle strutture penitenziarie, assistenziali, militari ed ospedaliere, senza alcun onere a carico dello Stato, in palese divergenza con quanto previsto per i ministri del culto cattolico in tali ambiti, le cui retribuzioni sono invece a carico dello Stato.

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 10 co. 9 del D. Lgs. n. 460/97 gli enti ecclesiastici di cui alle Confessioni religiose con cui lo Stato ha concluso patti, intese o accordi sono configurabili quali "*ONLUS di Diritto*" solo con riferimento a quelle attività poste in essere nell'esclusivo perseguimento di finalità di solidarietà sociale nei settori espressamente indicati nel co. 1, lettera a) dello stesso articolo[54]; e ciò allo scopo del riconoscimento dei benefici fiscali previsti per tali categorie di soggetti.

10. *La remunerazione dei ministri di culto nella dichiarazione dei redditi*

L'art. 25 della L. n. 222/85, riferendosi alla remunerazione dei ministri del culto cattolico, recita: "*La remunerazione di cui agli articoli 24, 33, lettera a) e 34 è equiparata, ai soli fini fiscali, al reddito da lavoro dipendente. L'Istituto centrale opera, su tale remunerazione, le ritenute fiscali e versa anche, per i sacerdoti che vi siano tenuti, i contributi previdenziali e assistenziali previsti dalle leggi vigenti*".

Tra i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente – nel quadro C del modello di dichiarazione 730 e nel quadro RC dell'UNICO PF – vanno indicati non solo le remunerazioni percepite dai sacerdoti della Chiesa cattolica[55], ma anche gli emolumenti percepiti dai ministri dei culti non cattolici,

---

[53] Cfr. Cass. civ., sez. un., 28 agosto 1990, n. 8870, *l. c.*

[54] Sul punto vedasi anche la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 30/E del 22 maggio 2007: "*Ciò comporta, come precisato nelle circolari 168/E del 26 giugno 1998 e n. 22/E del 22 gennaio 1999, che gli Enti di cui trattasi possono accedere al regime di favore previsto per le ONLUS limitatamente ai settori di cui all'articolo 10, comma 1, lettera a) del citato decreto a condizione, però, che per tali attività: a) siano separatamente tenute le scritture contabili di cui all'articolo 20 bis del DPR n. 600 del 1973; b) siano rispettati i requisiti statutari ed i vincoli sostanziali imposti dall'articolo 10 del D. lgs n. 460 del 1997, ferme restando le deroghe previste dal comma 7 dello stesso articolo 10, nonché l'onere della comunicazione di cui all'articolo 11 del medesimo decreto*".

[55] In particolare, secondo l'art. 50 lett. d) TUIR vanno considerate "*le remunerazioni dei sacerdoti, di cui agli articoli 24, 33, lettera a) e 34 della legge 20 maggio 1985, n. 222, nonché le congrue e i supplementi di congrua di cui all'articolo 33, primo comma, della legge 26 luglio 1974 n. 343*".

le cui Confessioni abbiano stipulato intese con lo Stato; di conseguenza tali remunerazioni sono soggette alle detrazioni per lavoro dipendente a norma di legge, tenendo conto dei giorni effettivi di lavoro o di pensione.

Volendo prescindere dall'aspetto sostanziale, l'assimilazione della remunerazione dell'attività svolta dai ministri di culto "*ai soli fini fiscali*" al reddito di lavoro dipendente genera non pochi problemi interpretativi, soprattutto se si considerano le ulteriori peculiarità del servizio prestato dai religiosi regolari.

La normativa fiscale sembra quasi voler rompere quell'equilibrio che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno raggiunto, non includendo il rapporto esistente tra i ministri di culto e l'ente religioso di appartenenza nel *genus* del rapporto di lavoro subordinato. Ma perché tutto ciò? Non sembra eccessivo il prevalere della volontà dell'erario (mossa da logiche di prelievo fiscale) rispetto a principi giuridici consolidati nel diritto ecclesiastico e canonico, anche alla luce dei patti e delle intese? Se quello dei ministri di culto è un servizio prestato a beneficio delle anime, o comunque per la diffusione e la pratica dei valori della Confessione di appartenenza – evitando che gli stessi ministri siano distratti dalle incombenze e dalle ansie della vita quotidiana – ciò deve essere contemplato dalla stessa prospettiva giuridica, indipendentemente dalle branche del diritto coinvolte. Il rapporto tra il ministro di culto e il proprio ente religioso deve essere o non essere – *in toto* – considerato di lavoro dipendente; e ciò sia in ambito tributario che civile, ecclesiastico e canonico. Si potrebbe, ad esempio, proporre una modifica legislativa a carattere provocatorio che classifichi i redditi in questione tra quelli di lavoro autonomo abituale (da dichiarare nei quadri RE o LM dell'UNICO PF) o, all'occorrenza, tra i redditi diversi a carattere occasionale (da dichiarare nel quadro RL dell'UNICO PF o nel quadro D del modello 730). Chissà se, seguendo tale provocazione, non si riuscirà a superare gran parte dei problemi interpretativi sulla natura del servizio prestato dai ministri di culto, con inevitabili riflessi anche in ambito previdenziale ed assistenziale!

Conclusioni

Qui di seguito vengono indicati alcuni aspetti salienti dell'analisi proposta.

Innanzitutto, il beneficio diffuso delle esternalità positive dei sistemi della destinazione extrafiscale del cinque per mille e del sostentamento del clero cattolico e non cattolico.

Ci si riferisce, in particolare, al summenzionato principio costituzionale

della sussidiarietà orizzontale, che vede i destinatari di queste somme sottratte alle casse pubbliche, in prima linea nell'affrontare quelle esigenze della società contemporanea che lo Stato da sé non riesce a soddisfare. Si pensi, ad esempio, agli interventi di quanti (di matrice cattolica e non) operano nelle zone colpite da calamità naturali (come alluvioni e terremoti) da cui l'Italia è frequentemente afflitta; ai servizi di istruzione, sanitari e socio-assistenziali erogati da soggetti privati; alle associazioni impegnate in prima linea per far fronte alle esigenze connesse all'immigrazione clandestina.

Tali interventi poi, come è noto, vanno anche al di là dei confini nazionali, causa ed effetto di un fenomeno tipico del moderno villaggio globale. L'Italia, nonostante la crisi economica in atto, è in grado oggi di occupare uno dei primi posti a livello mondiale per gli interventi a favore delle povertà di ogni genere e tipo nei Paesi del terzo e quarto mondo.

Tutto ciò lascia il segno indelebile della nobiltà d'animo del popolo italiano, confortata dall'operato del legislatore che ha in più sedi dimostrato l'intento di veicolare questa peculiare sensibilità dei cittadini secondo la volontà da questi espressa discrezionalmente, sia in sede di dichiarazione dei redditi che con atti di liberalità.

In questo mosaico normativo del sociale in continuo divenire si è inserito il recente disegno di legge per la riforma del Terzo settore, approvato dal Consiglio dei ministri il 10 luglio 2014.

Questo nuovo *trend* giuridico funge da stimolo anche per la recente diffusione della cultura del *social impact investing* tra le imprese del settore privato: sono sempre più diffusi gli ambiti di investimento in tal senso della finanza sostenibile; si pensi ad esempio alla filantropia strategica, cioè alle modalità per cui una fondazione potrebbe, tramite la diversificazione degli investimenti, ottimizzare il proprio contributo in termini di *social impact*; oppure ai *social impact fund*, che sono fondi di investimento destinati al sostegno delle imprese sociali.

Questi e tutti gli altri strumenti analoghi in divenire, ancorché distinti e diversi per tipologia di origine e di destinazione, non sono tuttavia separati, se considerati in una dimensione globale, anzi confluiscono tutti nell'alto e nobile scopo dell'aiuto dei più deboli, al fianco degli interventi dei singoli Stati: è come se tanti fiumi alimentati da altrettante fonti confluissero, oltre che nelle nostre acque territoriali, anche nei lontani oceani della povertà globale.

In secondo luogo, gli istituti legislativi visitati in questa analisi aprono a una lettura dei medesimi come irrinunciabili in una società democratica che voglia essere degna di questo nome; per cui il legislatore non potrà in futuro che potenziarli o migliorarli, sia nella forma che nella sostanza.

A ciò si aggiunga, concludendo, che, quasi per paradosso, i citati istituti sottolineano le necessarie e moderne immagini e realtà di uno Stato rispettoso del principio costituzionale supremo della laicità inclusiva.

Confessioni religiose e UAAR: il diritto alla stipulazione di un'intesa ex art. 8 comma 3 Cost.

Ilenia Grasso

1. *Premessa*

Una recente sentenza del TAR Lazio[1] ha risolto la complessa questione relativa alla legittimità della pretesa avanzata dall'Unione degli atei e degli agnostici razionalisti[2] in ordine al riconoscimento del diritto alla stipulazione di un' intesa ai sensi dell'art. 8 c. 3 Cost.

Al fine di garantirne l'eguale libertà davanti alla legge, la norma costituzionale, come è noto, riconosce alle confessioni religiose diverse dalla cattolica il diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, purchè non contrastanti con l'ordinamento giuridico italiano, e soprattutto consente che i loro rapporti con lo Stato siano regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze.

---

[1] Cfr. TAR Lazio, 3 luglio 2014, n. 7068, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[2] L'Unione degli atei e degli agnostici razionalisti è un'associazione di promozione sociale, con sede legale in Roma, costituita di fatto nel 1987 e legalmente, come associazione non riconosciuta ex artt. 36 e ss. c.c., il 18 marzo del 1991. Essa persegue i seguenti scopi generali: "*tutelare i diritti civili degli atei e degli agnostici, a livello nazionale e locale, opponendosi a ogni tipo di discriminazione, giuridica e di fatto, nei loro confronti, attraverso iniziative legali e campagne di sensibilizzazione; contribuire all'affermazione concreta del supremo principio costituzionale della laicità dello Stato, delle scuole pubbliche e delle istituzioni, e ottenere il riconoscimento della piena uguaglianza di fronte alla legge di tutti i cittadini indipendentemente dalle loro convinzioni filosofiche e religiose. In particolare, pretendere l'abolizione di ogni privilegio accordato, di diritto o di fatto, a qualsiasi religione, in virtù dell'uguaglianza di fronte alla legge di religioni e associazioni filosofiche non confessionali; c. affermare, nel quadro di una concezione laica, razionale e areligiosa dell'esistenza, il diritto dei soggetti a compiere in autonomia le scelte relative alla sessualità e alla riproduzione, comprese quelle sulla interruzione volontaria della gravidanza; a stringere unioni familiari legalmente riconosciute, senza distinzioni di sesso, e a recedere dalle stesse; a determinarsi liberamente sulla propria fine vita; sostenere la libertà della ricerca scientifica, filosofica ed artistica; operare perché tali diritti e libertà trovino piena sanzione ed effettiva garanzia; d. promuovere la valorizzazione sociale e culturale delle concezioni del mondo razionali e non religiose, con particolare riguardo alle filosofie atee e agnostiche*". Lo statuto dell'UAAR è consultabile in www.uaar.it.

La stipulazione dell'intesa presuppone, dunque, che sia preliminarmente risolta in termini positivi la questione relativa alla qualificabilità come confessione religiosa del soggetto richiedente.

Sul punto il Tar del Lazio si è pronunciato affermando la legittimità del rifiuto opposto dal Consiglio dei Ministri[3] all' istanza di avvio delle procedure finalizzate alla stipula di una intesa, ex art. 8 c. 3 Cost., presentata dall'UAAR, così optando per la non assimilabilità dell'associazione stessa ad una confessione religiosa.

2. *La vicenda*

La decisione in esame rappresenta l'epilogo di una lunga e articolata vicenda giudiziaria, caratterizzata da rilevanti interventi del Consiglio di Stato e delle Sezioni unite della Corte di Cassazione per lo più riguardanti aspetti relativi al riparto di giurisdizione sulla materia, ma al tempo stesso con importanti ricadute sugli aspetti sostanziali della questione.

Come accennato, la fattispecie prende le mosse da un'istanza dell'UAAR. volta a dare avvio alle procedure occorrenti per la stipulazione di un'intesa ex art. 8 c. 3 Cost.[4], in merito alla quale il Consiglio dei Ministri si è espresso negativamente, conformandosi, peraltro, al parere dell'Avvocatura dello Stato che ha escluso la natura di confessione religiosa dell'associazione in discorso.

---

[3] La richiesta dell'associazione di avviare le trattative per la stipulazione di un'intesa è stata respinta con delibera del Consiglio dei Ministri del 27.11.2003 e con nota della Presidenza del Consiglio del 5 dicembre 2003, prot. USG/5140/03.I.6.7.

[4] La competenza ad avviare le trattative, in vista della stipula di una intesa appartiene agli organi di direzione politica. Le confessioni interessate devono quindi rivolgersi al Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale affida l'incarico di condurre le trattative con le rappresentanze delle Confessioni religiose al Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Quando l'intesa non ha carattere generale, ma involge esclusivamente la competenza di un singolo dicastero, è previsto l'intervento del solo Ministro che ha la direzione del settore interessato. Le trattative vengono avviate solo con le Confessioni che abbiano ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica, ai sensi della legge n. 1159 del 24 giugno 1929, previo parere favorevole del Consiglio di Stato. Il Sottosegretario si avvale della Commissione interministeriale per le intese con le Confessioni religiose (la quale ha il compito di preordinare gli studi e le linee operative per realizzarle) affinché la stessa predisponga una bozza di intesa unitamente alle delegazioni delle Confessioni religiose richiedenti. Su tale bozza di intesa esprime il proprio preliminare parere la Commissione consultiva per la libertà religiosa. Dopo la conclusione delle trattative, le intese, siglate dal Sottosegretario e dal rappresentante della confessione religiosa, sono sottoposte all'esame del Consiglio dei Ministri (art. 2 lett. l. legge n. 400 del 1988) ai fini dell'autorizzazione alla firma da parte del Presidente del Consiglio. Dopo la firma del Presidente del Consiglio e del Presidente della Confessione religiosa le intese sono trasmesse al Parlamento per la loro approvazione con legge. Sul procedimento per la stipulazione di un'intesa cfr. Francesco Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, a cura di Andrea Bettetini e Gaetano Lo Castro, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 132 e ss.

Quest'ultima, a fronte del rifiuto opposto, ha proposto ricorso dinanzi al giudice amministrativo.

La difesa erariale, costituitasi in giudizio, ha eccepito il difetto assoluto di giurisdizione ex art. 31 r.d. 1054 del 1924 (ora art. 7 c. p. a.) sostenendo la natura di atto politico, come tale insindacabile giurisdizionalmente, della deliberazione ministeriale[5].

L'eccezione, in prima battuta, viene accolta dal Tar Lazio[6], che dichiara inammissibile il ricorso per difetto assoluto di giurisdizione.

Avverso tale decisione, però, l'UAAR propone appello al Consiglio di Stato, che, con sentenza n. 6083 del 2011[7], annulla la decisione del TAR, con rinvio al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105 c.p.a.

La causa viene dunque riassunta dall'UAAR innanzi al Tar Lazio, ma la Presidenza del Consiglio dei Ministri impugna la decisione del Consiglio di Stato dinanzi alla Corte di Cassazione ex art. 41 c.p.c. , per motivi inerenti alla giurisdizione.

Le Sezioni unite[8] confermano, tuttavia, la sussistenza della giurisdizione amministrativa e la causa viene nuovamente riassunta dall' UAAR dinanzi al Tar del Lazio e decisa appunto con la recente sentenza n. 7068 del 3 luglio 2014.

3. *La rilevanza giuridica del concetto di confessione religiosa*

La controversia verte essenzialmente sulla configurabilità in capo all'UAAR del diritto alla stipulazione di un'intesa, ai sensi dell'art. 8 c. 3 Cost. e dunque, sulla qualificabilità o assimilabilità della stessa ad una confessione religiosa.

Tale preliminare accertamento rappresenta chiaramente un presupposto essenziale, affinché la stessa, attraverso i propri rappresentanti, possa avviare le trattative finalizzate alla stipulazione di una intesa.

Come chiarito dalla giurisprudenza[9], infatti, la capacità di ogni confessio-

---

[5] L'art. 7 del codice del processo amministrativo (d.lgs. 104 del 2010) stabilisce infatti che: "*Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico*".

[6] TAR Lazio n. 12539 del 2008, depositata in data 31 dicembre del 2008, consultabile in *www.giustizia-amministrativa.it*

[7] Consiglio di Stato n. 6083 del 2011, depositata il 18 novembre 2011, consultabile in *www.giustizia-amministrativa.it* e in *Foro it*., III, 2012, p. 632 e ss.

[8] Corte di Cassazione, sezioni unite civili, n. 16305 del 2013, depositata il 28 giugno del 2013, consultabile in www.cortedicassazione.it e in *Foro it*. 2013, I, 2432, con nota di G. Sigismondi.

[9] Cfr. Consiglio di Stato, n. 6083 del 2011 in *Foro it*., III, 2012, p. 632 e ss.

ne che lo richieda di stipulare un'intesa può considerarsi un corollario immediato del principio di eguale libertà di cui al primo comma dell'art. 8 Cost.

Da ciò deriva che almeno l'avvio delle trattative debba addirittura essere ritenuto obbligatorio laddove il soggetto istante sia qualificabile come confessione religiosa, salva restando, da un lato, la facoltà di non stipulare l'intesa all'esito delle trattative e dall'altro lato, la possibilità, nell'esercizio della discrezionalità tecnica, che in tale ambito compete all'organo governativo, di escludere motivatamente (art. 3 l. 241 del 1990) che il soggetto richiedente presenti le caratteristiche che gli consentirebbero di rientrare fra le confessioni religiose.

Dunque, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale e dottrinario, il Governo non ha margini di discrezionalità nel decidere l'accesso alle trattative per l'intesa di una confessione religiosa, pena la violazione dell'art. 8 Cost[10].

L'unico profilo di discrezionalità, peraltro tecnica, concerne il riconoscimento di un gruppo come confessione religiosa, oltre che, naturalmente, i contenuti dell'intesa stessa e la decisione di stipularla a conclusione delle trattative[11].

In termini generali, le confessioni religiose sono istituzioni, gruppi o formazioni sociali aventi finalità religiosa, alle quali l'ordinamento, sin dal 1947, ha dato un importante riconoscimento[12].

La Costituzione, infatti, dopo aver preso in considerazione all'art. 7 la posizione della Chiesa cattolica e aver proclamato all'art. 8 c. 1 l'eguale libertà di tutte le confessioni religiose, dedica i commi 2 e 3 del medesimo articolo alle confessioni religiose c.d. di minoranza.

Più nello specifico, l'art. 8 c. 2 Cost., occupandosi dei rapporti interni alle confessioni religiose, ne garantisce la libertà organizzativa, escludendo l'ingerenza dello Stato nella formazione dei relativi statuti.

L'art. 8 c. 3 Cost. concerne, invece, l'attività esterna delle confessioni religiose, che agiscono nell'ambito della società civile, garantendo che una eventuale regolamentazione legislativa da parte dello Stato sia preceduta da una intesa concordata con i rappresentanti della confessione religiosa.

---

[10] Cfr. Corte di Cassazione, sezioni unite civili, n. 16305 del 2013, cit.: " *l'attitudine di un culto a stipulare intese con lo Stato non può essere rimessa alla assoluta discrezionalità del potere esecutivo, che è incompatibile con la garanzia di eguale libertà di cui all'art. 8, comma 1.*"

[11] Luca Fascio, *Le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica tra atti politici e discrezionalità tecnica dell'amministrazione. Il caso dell'UAAR*, in *Foro amm.*, Cons. di Stato, 2012, p. 1204 e ss. ; Emanuele Rossi, *Le confessioni religiose possono essere atee? Alcune considerazioni su un tema antico alla luce di vicende nuove*, in *www.statoechiese.it*, n. 27/2014.

[12] Sul concetto di confessione religiosa cfr.: Francesco Finocchiaro, *op. cit.*, p. 68 e ss.

Da questo punto di vista, le intese rappresentano una condizione di legittimità costituzionale della successiva legge di approvazione, operando come vero e proprio limite per il legislatore ordinario, che, per non eludere la garanzia che la Costituzione riserva alle confessioni religiose diverse dalla cattolica, è obbligato, ove voglia legiferare, ad attenersi a quanto stabilito nell'intesa, trasferendone il contenuto nell'eventuale legge di approvazione.

Le rilevanti garanzie che l'ordinamento riconosce alle confessioni religiose, quali ordinamenti giuridici autonomi aventi diritto ad una regolamentazione concordata per le materie implicanti rapporti con lo Stato, rende evidente la necessità di avere chiara la relativa nozione.

Nel testo costituzionale si è fatto ricorso ad una espressione che evoca genericamente un gruppo sociale con fine religioso, ma in nessuna norma di legge è dato rinvenire una nozione di confessione religiosa o dei criteri specifici che consentano agli interpreti di orientarsi nel variegato panorama del fenomeno sociale religioso.

Dalla seconda metà del secolo scorso, infatti, hanno iniziato a diffondersi numerosi movimenti, di provenienza nazionale o estera, che si autoqualificano come organizzazioni religiose e che rivendicano le tutele previste dagli artt. 8, 19 e 20 della Costituzione.

Invero, alcuni movimenti religiosi di recente emersione destano numerose perplessità sotto il profilo delle modalità del proselitismo e del rapporto che tendono ad instaurare tra i dirigenti del gruppo e gli aderenti.

Non a caso il Parlamento europeo ha approvato il 22 maggio del 1984 una risoluzione che individua una serie di criteri ritenuti imprescindibili al fine di potere considerare leciti i nuovi movimenti religiosi[13].

Si tratta, soprattutto, di previsioni finalizzate ad evitare che nell'attività di proselitismo si possa approfittare della posizione di debolezza di alcuni soggetti, anche minorenni, inducendoli a compiere atti di disposizione finanziaria non adeguatamente ponderati, ad interrompere i legami con parenti e amici e, nei casi più gravi, a commettere reati, coartando in vario modo la libertà di scelta fino a privarli moralmente e materialmente della possibilità di allontanarsi dal gruppo.

È noto che gli Stati liberali e pluralisti come l'Italia e la maggior parte di quelli europei hanno da tempo abbandonato l'idea di un sindacato ideologico sui movimenti religiosi, salva la necessità di intervenire di fronte a modalità di proselitismo o a rapporti tra esponenti del gruppo ed aderenti ritenuti lesivi dei diritti fondamentali delle persone o addirittura integranti reato.

---

[13] Cfr. Gazz. Uff. Com. Eur., 2 luglio 1984, n. C 172.

Ciononostante, le rilevanti garanzie di libertà che la Costituzione riserva alle confessioni religiose, e che vanno ben oltre il mero riconoscimento della liceità dell'attività dell'organizzazione, rendono necessario individuare con precisione i soggetti che possono essere considerati tali, al fine di distinguerli da movimenti o associazioni religiose.

Il fine dell'art. 8 Cost., infatti, è quello di garantire il riconoscimento da parte dello Stato di quei gruppi con finalità di religione che, essendosi dotati di una specifica organizzazione e normazione, abbiano dato vita ad un ordinamento giuridico originario.

Secondo un parte della dottrina[14], infatti, l'art. 8 c. 2 Cost. non coincide, sul piano dei contenuti, con il riconoscimento della libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost.

Quest'ultima norma garantisce certo anche le associazioni stabilmente costituite che abbiano un fine di religione o di culto, ma l'art. 8 c. 2 Cost. ha riguardo, in modo più specifico, alle confessioni religiose, quali ordinamenti giuridici creati in modo originario da gruppi sociali diversi dai cattolici.

Le confessioni religiose, a loro volta, possono invece dar vita (anche se non necessariamente) ad enti esponenziali dei loro interessi, che, in quanto associazioni, godranno della tutela prevista dall'art. 18 Cost. e dall' art. 20 Cost.

Le confessioni religiose e le associazioni, infatti, pur presentando significative affinità dal punto di vista della molteplicità degli aderenti, dell'organizzazione, della finalità comune da perseguire, sono entità diverse da un punto di vista qualitativo ove se ne consideri la struttura interna.

L'elemento caratterizzante delle confessioni religiose è l'esistenza di una normazione propria, che trae origine in modo spontaneo dall'impulso di un gruppo sociale, ma di matrice non negoziale, cioè che non ha alla base un semplice contratto o accordo tra gli aderenti.

Le associazioni, al contrario, sono principalmente regolate secondo uno schema contrattuale e cioè sulla base di accordi tra gli associati, ai sensi degli artt. 36 e ss. c.c.

L'associazione, quindi, si colloca e vive all'interno dell'ordinamento statale; la confessione religiosa, invece, ne prescinde, circostanza che è in grado di spiegare anche la diversa collocazione sul piano delle fonti degli statuti delle associazioni (artt. 14 e ss. c.c.) rispetto agli statuti delle confessioni religiose (art. 8 c. 2 Cost.).

D'altro canto, l'originarietà degli ordinamenti confessionali consente altresì di comprendere l'importante garanzia che l'art 8 c. 3 Cost. prevede in

[14] Cfr. Francesco Finocchiaro, *op. cit.*., p. 71 e ss.; *Contra* Vincenzo Del Giudice, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 1964, p. 59.

ordine alla necessità di una previa intesa per la regolamentazione dei rapporti con lo Stato.

Sotto questo profilo, va altresì evidenziata la peculiare natura giuridica che, coerentemente con tale impostazione, una parte della dottrina ritiene debba esser riconosciuta alle intese.

Si afferma, in particolare che le intese rappresenterebbero gli atti di un ordinamento esterno che nasce dall'incontro della volontà dello Stato con quella della confessione religiosa; atti bilaterali, quindi, che, per garantire libertà e indipendenza delle confessioni di minoranza, la Costituzione colloca in una sfera giuridica che non è quella dell'ordinamento statale, ma che è appunto quella di un ordinamento che viene creato, di volta in volta, dall'incontro di volontà dello Stato e delle comunità confessionali.

Non si tratterebbe, quindi, né di meri atti di diritto interno, sul presupposto che le confessioni c.d. di minoranza non sarebbero ordinamenti primari[15], né di atti del diritto internazionale, perché le confessioni religiose non hanno personalità di diritto internazionale ed esistono anche ordinamenti esterni che non vivono a pieno titolo nell'ordinamento internazionale[16].

Al di là di tali considerazioni, è comunque innegabile che la nozione di confessione religiosa, ancora oggi, risulti di non agevole comprensione per gli interpreti e dunque si ripropone frequentemente il problema della corretta qualificazione di tali entità, con tutti i corollari applicativi che ne discendono.

Come rilevato dalla dottrina, l'elemento che consente concretamente di distinguere tra i vari gruppi sociali con finalità di religione (associazioni, movimenti, comunità) quelli che possono essere qualificati come confessioni religiose è la circostanza che solo queste ultime hanno una propria e originale concezione totale del mondo, che investe oltre ai rapporti tra uomo e Dio, anche i rapporti tra uomo e uomo.

È altresì peculiarità esclusiva delle confessioni religiose il fine di religione, che consente di distinguerle dalle altre organizzazioni, che pure hanno una originale concezione del mondo (ad es. i partiti politici).

Il fine di religione, infatti, è proprio delle comunità che hanno una propria visione del sacro, ricercando il divino o nel mondo sensibile o nell'immanenza.

La religione, in particolare, è il complesso di dottrine costruito attorno al presupposto dell'esistenza di un Essere trascendente, in rapporto con gli uomini al quale è dovuto rispetto, obbedienza e amore[17].

---

[15] Francesco Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, 2012, *op. cit.*, p. 128 e ss.

[16] Cfr. Francesco Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, 2012, *op. cit.*, p. 76; Cesare Magni, *Avviamento allo studio analitico del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 77 e ss.

[17] Ciò vale quantomeno con riferimento alla tradizione storica del ceppo ebraico-cristiano-islamico.

La fede trascendente viene esternata dalle comunità che la fanno propria attraverso riti e atti di culto, che manifestano ammirazione, venerazione e obbedienza all'Essere supremo, invocando la sua benevolenza.

Come accennato, la maggior parte degli Stati moderni ha rinunciato ad ogni pretesa di giurisdizionalismo che possa portare a qualificare un gruppo sociale come confessione religiosa, sulla base di una valutazione nel merito delle diverse credenze religiose.

La qualifica di confessione religiosa può, dunque, derivare solo da valutazioni e criteri di ordine formale, come quelli individuati dalla Corte costituzionale in una nota sentenza[18]: eventuali precedenti riconoscimenti pubblici, stipulazione di un'intesa, adozione di uno statuto sull'organizzazione, la comune considerazione di cui il gruppo gode nel contesto sociale di riferimento.

Il complesso di elementi che la dottrina tradizionalmente valorizza ai fini della qualificazione di una confessione come religiosa consente altresì di coglierne i tratti differenziali rispetto ai gruppi sociali, come l'UAAR, aventi un fine opposto a quello religioso, in quanto tendenti ad affermare una concezione del mondo senza Dio.

In quest'ultimo caso, non solo la dottrina, ma anche la giurisprudenza, come dimostra peraltro la recente sentenza del luglio 2014, concordano nell'affermare che si è in presenza di un fenomeno che esula dall'ambito applicativo dell'art. 8 Cost. (rientrando piuttosto nelle tutele previste dagli artt. 2, 18, 19 e 21 Cost.) con tutte le conseguenze che ne derivano, anche sotto il profilo della legittimità della pretesa di un'associazione di atei alla stipulazione di un'intesa.

Già in passato, una sentenza del TAR del Lazio aveva escluso la possibilità di annoverare l'Unione degli atei e degli agnostici razionalisti tra le confessioni religiose, trattandosi piuttosto di una formazione sociale riconosciuta e tutelata in base agli artt. 2 e 18 della Carta costituzionale[19].

L'assunto fondamentale sul quale la suddetta decisione si è fondata con-

---

Vi sono, tuttavia, anche religioni che hanno una concezione immanentista del divino (buddhismo, scintoismo etc.) per le quali invece ogni uomo, sia pure per finalità e secondo percorsi differenti, deve cercare il divino in sé stesso.

[18] Corte costituzionale 27 aprile 1993 n. 195, in *Foro italiano,* 1994, I, 2986.

[19] Cfr. Tar Lazio sez. III, 18 maggio 2004, in *Diritto di famiglia e delle persone*, con nota di Paolo Cavana, p. 498 e ss. L'UAAR aveva presentato ricorso contro la RAI s.p.a. e nei confronti della C.E.I. e della U.C.E.I. rivendicando il diritto di accesso agli atti e ai documenti comprovanti la collaborazione organica tra la RAI ed alcune confessioni religiose e/o i loro enti. In particolare, l'UAAR aveva così inteso reagire all'inerzia della RAI di fronte ad una istanza, rimasta inevasa, finalizzata alla collaborazione sui medesimi temi e nello specifico, alla conclusione di accordi per la gestione in comune di un portale per l'informazione sulle concezioni del mondo ateo alle stesse condizioni tariffarie praticate alle confessioni religiose.

cerne l'osservazione per cui la libertà di non credere non può essere considerata una religione, sicché è inammissibile ogni assimilazione tra associazioni agnostiche ed associazioni religiose.

La libertà di non credere non godrebbe, quindi, delle tutele previste dall'art. 19 Cost. che l'ordinamento riconosce alle religioni.

I riferimenti storici e filosofici dell'ateismo e dell'agnosticismo, in questa prospettiva, andrebbero piuttosto individuati, nella libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e nella libertà di associazione (artt. 2 e 18 Cost.).

I rispettivi ambiti di operatività del laicismo e delle confessioni religiose risulterebbero, infatti, caratterizzati da una assoluta estraneità, sicché le associazioni agnostiche e quelle religiose andrebbero considerate portatrici di interessi contrapposti, non potendosi affatto considerare omologhe.

Invero, la giurisprudenza e la dottrina riconoscono ormai da tempo che la fede religiosa e l' ateismo hanno, a ben vedere, un comune fondamento giuridico nella tutela della libertà religiosa ex art. 19 Cost.

Più nello specifico, la libertà di coscienza e di religione, oggi ampiamente tutelate anche a livello sovranazionale[20], includono, altresì, il diritto di cambiare religione o di professare l'ateismo e l'agnosticismo.

Ciò implica che l'art. 19 Cost. ricomprende, quindi, anche la tutela dell'ateismo e di ogni opinione sui temi religiosi, che costituiscono, ancorché a livello individuale, manifestazioni afferenti all'ambito della religiosità.

Tale circostanza è diretta conseguenza del fatto che la libertà religiosa come diritto soggettivo racchiude in sé anche la protezione dell'ateo e del miscredente nella misura in cui questi ultimi non possono essere costretti a professare una religione, a compiere atti di manifestazione di un culto o ad essere soggetti passivi di propaganda religiosa.

D'altro canto, in base al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., da una posizione religiosa, areligiosa o antireligiosa non può derivare né un trattamento più favorevole, né un trattamento più sfavorevole nel campo del diritto comune, della capacità civile o politica e più in generale, in ogni settore disciplinato dall'ordinamento statale.

Anche la Corte costituzionale, che inizialmente ha negato la riferibilità dell'art. 19 Cost. all'ateismo[21], è ormai da tempo giunta alla conclusione per cui fede religiosa ed ateismo godono della medesima tutela costituzionale prevista dall'art. 19 Cost.[22]

---

[20] Cfr. art. 18 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; art. 9 Convenzione europea dei diritti dell'uomo; art. 10 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[21] Corte costituzionale 13 luglio 1960 n. 58 in *Giur. Cost*. 1960, p. 752 e ss.

[22] Corte costituzionale 10 ottobre del 1979 n. 117 in *Giur. Cost*., 1979, p. 813 e ss.

Una tale conclusione interpretativa si è probabilmente imposta per ovviare alla mancanza nel nostro ordinamento[23] di una disposizione di rango costituzionale che esplicitamente tuteli la libertà di coscienza, quale libertà negativa del non credente.

In effetti, la libertà di non credere e la libertà di credere sono espressive di scelte di contenuto esistenziale, che hanno indiscutibilmente pari dignità sociale; tuttavia, la libertà di non credere assume rilevanza su un piano essenzialmente individuale.

Da tale circostanza discende che in un ordinamento pluralista come quello italiano, tale libertà può trovare adeguata esplicazione attraverso le norme costituzionali che riconoscono e tutelano, ad esempio, la libertà di espressione, di stampa, di insegnamento etc.

Ciò in quanto la professione dell'ateismo si alimenta essenzialmente di contenuti filosofico-culturali, la cui diffusione può liberamente avvenire nel nostro ordinamento attraverso gli ordinari strumenti di propagazione delle conoscenze.

Al contrario, l'adesione ad una religione postula un *quid pluris*, consistente nella necessità di adeguare e conformare la propria esistenza a dei precetti di origine divina, al rispetto di autorità magisteriali, all'esercizio del culto secondo le forme previste dalle varie tradizioni religiose, per il perseguimento di scopi legati alla trascendenza.

Tutto ciò consente di comprendere per quali ragioni la fede religiosa e l'ateismo, pur godendo, anche ai sensi dell'art. 3 Cost., di una eguale considerazione giuridica, risultano molto diverse sul piano delle proiezioni sociali di tali libertà e delle conseguenti tutele costituzionali.

Per la propaganda in forma associata dell'ateismo sono previste soltanto le comuni garanzie riconducibili al diritto di associazione ex art. 18 Cost.

Al contrario, l'esercizio della libertà religiosa, intesa come diritto a vivere in conformità ai precetti della propria fede religiosa, implicando la necessità di adeguarsi a specifiche forme di vita spirituale, è tutelato non solo ex art. 19 Cost., sul piano individuale, ma in modo specifico anche nelle sue proiezioni organizzative ed istituzionali, come si ricava dagli artt. 7, 8, 20 Cost.

Non è un caso, quindi, che la nostra Costituzione riconosca una particolare tutela alle confessioni religiose e ai loro enti esponenziali (art. 8 e 19 cost.), prevedendo, invece, per le semplici associazioni religiose, in base all'art. 20 Cost., un principio di non discriminazione, che si sostanzia nel divieto di applicare, a causa della religione, un trattamento deteriore rispetto

---

[23] Una soluzione differente si rinviene invece in altri ordinamenti, come quello tedesco, ad esempio.

a quello riservato alle associazioni di diritto comune.

La riconducibilità al comune fondamento normativo (art 19 Cost.) che tutela la libertà religiosa e di coscienza non consente comunque alcuna assimilazione tra interessi religiosi connessi ad una appartenenza confessionale e la professione dell'ateismo.

La diversità di trattamento tra associazioni agnostiche e religiose, peraltro, si riscontra non solo nei Paesi a regime concordatario come l'Italia o la Spagna, ma anche in quelli separatisti, (come la Francia) che, tuttavia, presentano la naturale tendenza ad operare una sorta di assimilazione della condizione giuridica di associazioni agnostiche e formazioni religiose, limitando fortemente, in virtù di una rigida concezione di laicità, le manifestazioni esteriori della religiosità.

Tale dato confermerebbe che esiste, almeno sul piano delle proiezioni sociali e collettive, una specificità della professione o libertà religiosa che non la rende del tutto sovrapponibile alla libertà di non credere.

D'altro canto, anche in ambito europeo, è netta la distinzione tra lo *status* delle organizzazioni filosofiche e di tendenza e quello delle chiese, essendo ormai pacifico che si è un presenza di entità distinte e, come tali, portatrici di interessi diversi.

4. *Spunti di riflessione sulla recente sentenza del TAR del Lazio*

È, dunque, sulla base di tali considerazioni che, anche nella già ricordata sentenza del TAR Lazio, è stato ritenuto legittimo il rifiuto opposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri all'istanza dell'UAAR di avvio del procedimento per la stipula di un'intesa ex art. 8 c. 3 Cost., non essendosi in presenza di un confessione religiosa.

La questione giuridica sostanziale sottesa alla vicenda riguardava infatti, ancora una volta, la controversa natura giuridica dell'UAAR, che agendo in giudizio avverso il diniego all'istanza proposta, si autoqualificava come confessione religiosa, titolare di un vero e proprio diritto alla stipulazione di un'intesa.

Tale assunto, in effetti, risulta coerente con quanto affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[24], che, intervenendo per confermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa su tale contenzioso, hanno sostanzialmente affermato che le confessioni religiose sarebbero portatrici

---

[24] Corte di Cassazione, sezioni unite civili, n. 16305 del 2013 cit. p. 2432 e ss.

di una pretesa costituzionalmente tutelata (e quindi azionabile in giudizio) all'apertura delle trattative per la stipula dell'intesa di cui all'art. 8, comma 3, Cost.

In tal senso, la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce ad ogni confessione un interesse giuridicamente qualificato per l'accesso agli *status* promozionali, anche su base pattizia; impone alle autorità nazionali di predisporre criteri di accesso non discriminatori e ammette il sindacato giurisdizionale sulla ragionevolezza dei criteri predisposti e sull'idoneità delle motivazioni adottate, in funzione di tutela della posizione soggettiva incisa[25].

La Corte di Cassazione, a sostegno delle proprie argomentazioni, ha anche richiamato il principio di laicità dello Stato, che come è noto, è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale [26] implicante che in un regime di pluralismo confessionale e culturale sia assicurata l'eguale liberta delle confessioni religiose.

I rapporti tra Stato e confessione religiosa sono quindi regolati secondo un principio pattizio con la stipula delle intese, che in tale contesto sono funzionali alla piena attuazione della eguale libertà delle confessioni religiose (art. 8 c.1 Cost.).

Le intese, in particolare, consentono la corretta esplicazione dell'indipendenza delle confessioni; il loro diritto di essere ugualmente libere davanti alla legge; il diritto di diversificarsi l'una dall'altra.

D'altro canto, secondo l'impostazione seguita dalle Sezioni Unite nel ripercorrere la vicenda, una regolamentazione concordata garantisce allo Stato che l'esercizio dei diritti di libertà religiosa non entri in conflitto, per quanto è possibile, con gli ambiti in cui si manifesta l'esercizio dei diritti civili e il principio solidaristico (art. 2 Cost.) a cui tutti i cittadini sono tenuti.

La pronuncia delle Sezioni Unite perviene quindi all'affermazione che lo stabilire la qualificazione di confessione religiosa è una premessa basilare per la salvaguardia dei valori in questione e a tal proposito viene richiamata la nota sentenza della Corte costituzionale[27] ove si è ammesso che in assenza, nell'ordinamento, di criteri legali precisi che definiscano le confessioni religiose si può sopperire con i diversi criteri che nell'esperienza giuridica vengono utilizzati per distinguere le confessioni religiose da altre organizza-

---

[25] Cfr. in tal senso: Corte europea dei diritti dell'uomo del 31 luglio 2008, n. 40825/98; Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 marzo 2009, n. 28648/03; Corte europea dei diritti dell'uomo del 30 giugno 2011, n. 8916/05; Corte europea, del 9 dicembre 2010, n. 7798/08; Corte europea del 6 novembre 2008, n. 8911/00.

[26] Corte Cost. n. 203 del 1989 in *Foro it.*, 1/1989, p. 1333 e ss.

[27] Corte costituzionale, n. 195 del 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 2986 con nota di Nicola Colaianni.

zioni sociali (precedenti riconoscimenti pubblici, uno statuto che ne esprima chiaramente i caratteri, la comune considerazione).

È evidente, quindi, che il procedimento di cui all'art. 8 Cost. è stato introdotto dal legislatore costituzionale proprio al fine di evitare le discriminazioni che potrebbero derivare dal rimettere all'autorità governativa una immotivata e incontrollata selezione degli interlocutori confessionali.

Chiarita quindi ancora una volta la rilevanza che la possibilità di accedere alla stipula di un'intesa riveste per una confessione religiosa, il giudice amministrativo è stato chiamato a valutare la correttezza del percorso logico seguito dall'autorità governativa nell'escludere il carattere di confessionale religiosa dell' Unione degli atei, quale presupposto per far valere una eventuale pretesa, giuridicamente rilevante, alla stipulazione di un'intesa.

Occorre precisare che l'accertamento preliminare sull'identità confessionale dell'associazione in discorso costituisce esplicazione del potere di discrezionalità tecnica della p.a. in relazione al quale è ormai pacificamente consentito un sindacato giurisdizionale, ancorché di tipo non sostitutivo.

Il giudice, infatti, non può mai sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'autorità amministrativa, essendo solo chiamato ad analizzare la correttezza dell'iter logico-giuridico dalla stessa seguito per giungere alla decisione, che nella specie è stata ritenuta immune da vizi e dunque non manifestamente inattendibile o implausibile.

Nel caso in esame, il Tribunale amministrativo ha ritenuto corretta la valutazione effettuata dal Governo in ordine al carattere non confessionale dell'associazione ricorrente.

Appare, infatti, plausibile l'affermazione secondo cui il concetto di confessione religiosa sembra avere un contenuto necessariamente positivo, sostanziandosi in un fatto di fede rivolto al divino.

A tale nozione è, invece, estranea l'assegnazione di un contenuto prettamente negativo, che si sostanzia nell'escludere l'esistenza del trascendente e del divino.

Nella più comune accezione di religione, infatti, si ha riguardo, secondo l'impostazione seguita dal giudice di primo grado, all'insieme delle credenze e agli atti di culto che legano la vita di un individuo e di una comunità a ciò che è ritenuto un ordine superiore e divino.

Si richiama, altresì, lo Statuto dell'UAAR che, d'altro canto, si autoqualifica come organizzazione filosofica non confessionale, avente come finalità quella di rappresentare le concezioni del mondo razionaliste, agnostiche o atee, proprio come la finalità delle organizzazioni confessionali è rappresentare le concezioni del mondo di carattere religioso.

In definitiva, è la stessa associazione ricorrente che autoqualificandosi

statutariamente si esclude dal novero delle confessioni religiose, ed in tal modo sembra entrare in contraddizione con sé stessa laddove rivendica una garanzia costituzionale (quella di cui all'art. 8 comma 3 Cost.) del tutto estranea dal suo ambito applicativo, non soltanto alla luce dell'ordito costituzionale, ma anche e soprattutto alla luce delle sue stesse previsioni e finalità statutarie.

Come affermato dalla dottrina[28], sembra sussistere un paradosso nel rivendicare il diritto ad essere ateo in nome di una religione di cui, proprio in quanto ateo, si nega l'esistenza.

Ad una tale conclusione, peraltro, è possibile pervenire anche considerando, come accennato in premessa, che la particolare garanzia costituzionale riservata alle confessioni religiose si giustifica in ragione della necessità di adeguare e conformare la propria esistenza a dei precetti di origine divina, al rispetto di autorità magisteriali, all'esercizio del culto secondo le forme previste dalle varie tradizioni religiose, per il perseguimento di scopi legati alla trascendenza.

La libertà di non credere, invece, sul piano individuale può trovare adeguata esplicazione attraverso le norme costituzionale che riconoscono e tutelano, ad esempio, la libertà di espressione, di stampa, di insegnamento etc.

Sul piano delle proiezioni sociali e collettive, la professione dell'ateismo risulta sufficientemente tutelata per il tramite della libertà di associazione ex art. 18 Cost., in quanto si alimenta essenzialmente di contenuti filosofici, morali e culturali, la cui diffusione è rimessa ai consueti strumenti di propagazione della cultura.

Alla luce di tali premesse appare corretta la soluzione accolta dal Tar del Lazio che ha ritenuto non censurabile il rifiuto dell'autorità governativa di avviare il procedimento per la stipulazione di un'intesa con la UAAR.

Anche a voler ammettere che esista un vero e proprio diritto soggettivo di ogni confessione religiosa ad intraprendere, quantomeno, le trattative per la stipulazione di un'intesa, nella vicenda in esame non appare irragionevole la scelta della Presidenza del Consiglio dei Ministri, posto che l'UAAR non è, né si considera statutariamente, una confessione religiosa, trattandosi piuttosto di un'organizzazione filosofica non confessionale, avente come finalità quella di rappresentare le concezioni del mondo razionaliste, agnostiche o atee.

---

[28] Aldo Rocco Vitale, *Elementi per la (ri)definizione della libertà religiosa tra paradossi e antinomie*, in *Diritto e religioni*, n. 15, anno VIII, n. 2/2013, p. 217 e ss.

L'accomodamento ragionevole e l'esercizio della libertà religiosa: analisi e prospettive

SALVATORE TARANTO

1. Introduzione

Appaiono degne di nota e meritevoli di attenta riflessione le statuizioni contenute in una recente sentenza concernente le modalità di esercizio della libertà di espressione religiosa durante lo svolgimento di un procedimento giudiziario. Si tratta della pronuncia emessa il 16 settembre 2013 dalla *Crown Court at Blackfriars* del Regno Unito – giudice Peter Murphy[1], che risulta di elevato interesse in quanto in essa si fa ampio ricorso alla figura dell'accomodamento ragionevole.

Lungi dal volersi limitare a svolgere solamente un commento alla sentenza indicata, questo *case law*, dei cui tratti salienti si darà un resoconto nel prossimo paragrafo, offre un'inattesa quanto preziosa occasione per esaminare sotto il profilo teorico e pratico la giustificazione, il funzionamento e le modalità attraverso le quali in molti casi lo strumento dell'accomodamento ragionevole riesce agevolmente ad apprestare una tutela effettiva del diritto individuale fondamentale all'esercizio della libertà religiosa[2]. Si tratta di modalità operative che devono rendersi compatibili con l'esercizio di parimenti importanti diritti altrui nonché con la salvaguardia di rilevanti interessi pubblici. Individuarle correttamente è un compito difficile, dal cui svolgimento nondimeno ecclesiasticisti e teorici del diritto non possono esimersi se vo-

---

[1] Il testo della sentenza è consultabile in www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Judgments/The%20Queen%20-v-%20D%20(R).pdf.

[2] Aderendo ad una concezione classica, la libertà religiosa può essere considerata come la facoltà di scegliere se avere o meno un credo religioso ed eventualmente di cambiarlo. In essa è ricompresa la libertà di coscienza, ovvero la capacità di auto-determinarsi in ambito morale, e la libertà di culto, quale possibilità di manifestare le proprie convinzioni religiose, di farne propaganda e di esercitarne anche pubblicamente i riti. Al riguardo cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, Il Mulino, 2003, IX ed., p. 154.

gliono tentare di dirimere le conflittualità che sorgono a seguito dell'odierno fenomeno del pluralismo religioso, culturale e morale e la cui risoluzione costituisce la prova a cui sono sottoposte le democrazie occidentali nell'epoca tardo-moderna o post-moderna in cui viviamo.

Nel presente lavoro s'intende indagare su questa problematica giuridica, estremamente attuale e che riveste un primario interesse in ambito ecclesiasticistico, traendo spunto eminentemente dalla vicenda giudiziaria concretamente verificatasi. Il pregio principale da ascrivere alla relativa pronuncia, infatti, si scorge nella sua capacità di affrontare e di risolvere in un certo modo la sempre più diffusa questione pratica di tutelare l'esercizio del diritto di una donna islamica a manifestare al di fuori dei confini domestici ed in particolare nelle aule giudiziarie la propria fede, che le richiede d'indossare il tradizionale velo con cui è d'uso coprire l'intero corpo ad eccezione degli occhi[3]. L'esigenza di salvaguardare tale libertà non può prescindere da quella di garantire al contempo la regolare ed uniforme celebrazione del processo penale che la vede coinvolta.

In una situazione come quella ora descritta vengono a configgere dei diritti o degli interessi contrapposti che, se possibile, bisogna comporre o tra i quali bisogna scegliere. Tralasciando quest'ultima più diffusa opzione, incentrata sulla tecnica del bilanciamento, la sentenza mira a pervenire ad una soluzione equilibrata e rispettosa di tutte le diverse e legittime esigenze in competizione facendo ricorso all'impervia nozione di accomodamento ragionevole. Le difficoltà di riuscire nell'impresa sono evidenti. Da una parte va assicurato il rispetto della fede religiosa della credente musulmana alla quale è richiesto o in ogni caso è suggerito dai dettami religiosi, per come vengono intesi e praticati nel contesto sociale e culturale di appartenenza, di non mostrare il volto agli uomini che non facciano parte del suo nucleo familiare[4].

D'altra parte, vengono in rilievo ulteriori e contrastanti interessi, espressivi di inderogabili esigenze di giustizia. In primo luogo emerge la necessità d'identificare in maniera certa l'imputata; secondariamente quella di saggiare la credibilità della sua deposizione e di vagliarne l'accuratezza, anche vedendo le movenze del corpo e prestando attenzione alle espressioni assunte

---

[3] Nella sentenza si dà atto dell'esistenza di una variegata terminologia che viene impiegata in maniera non univoca per indicare le differenti tipologie di veli.

[4] A proposito della confusione ingenerata dall'eterogeneità della terminologia adoperata nonché dal numero delle interpretazioni e delle modalità applicative della regola sull'uso del velo cfr. JOERG LUTHER, *Il velo scoperto dalla legge: tavole di giurisprudenza costituzionale comparata*, in www.olir.it/areetematiche/72/documents/luther_velo.pdf.

dal viso. Quest'ultimo aspetto riveste una spiccata importanza nel processo penale, inquisitorio o accusatorio che sia l'approccio di base, in quanto vige la regola di realizzare un vivo ed accentuato contraddittorio tra le parti, svolto in pubblico tramite l'esame ed il contro-esame dei testimoni. Non si tratta, dunque, d'imporre all'imputata il compimento di un formale ed inutile atto di cerimonioso ossequio nei confronti del giudice penale bensì di dare riscontro ad una forte quanto giustificata esigenza comunicativa di carattere non verbale, conformemente ai principi inerenti all'acquisizione ed alla valutazione delle prove giudiziarie, così come vengono accolti e praticati da secoli non solo nel Regno Unito, dove si è svolta la vicenda, ma anche nella maggior parte delle democrazie occidentali. Problematiche analoghe, che riguardano donne di fede islamica coinvolte a vario titolo nei processi, si registrano infatti anche negli Stati Uniti d'America, nel Canada ed in tutta Europa, inclusa l'Italia[5].

Condivisibile o meno che sia la soluzione casistica ravvisata nella sentenza, questa costituisce in ogni caso un utile spunto di riflessione per dibattere in proposito, così da meritare di essere esaminata.

2. *Il case law*

L'oggetto specifico, sottoposto alla valutazione del giudice inglese, verte sulla possibilità che un'imputata di fede islamica indossi legittimamente il consueto velo, che le nasconde il viso, nel corso del processo e durante la sua deposizione. In merito ai vari aspetti critici della questione la sentenza ha stabilito quanto segue.

La prima statuizione della sentenza concerne l'esigenza d'identificare l'imputata in modo esente da dubbi. A tale fine la soluzione pratica, adottata dal giudice, consiste nel delegare la verifica dell'identità della persona interessata ad un agente donna, ufficiale di polizia, che a tale scopo, ogni volta che si renda necessario svolgere l'accertamento, osserva in privato la fisionomia della donna e ne attesta le generalità attraverso un atto ricognitivo che immediatamente confluisce agli atti del processo. Solo se ciò risulta insufficiente, in quanto emergono dei dubbi circa la correttezza dell'identifi-

---

[5] Rispondendo ad un quesito rivolto dal Tribunale di Torino, il Consiglio Superiore della Magistratura ha avuto modo di pronunciarsi in merito all'uso del velo islamico da parte di un'interprete durante lo svolgimento di un processo penale o civile. Con Circolare del 22 febbraio 2012, consultabile in www.csm.it/circolari/120222b_6.pdf, si è ritenuto che in merito vada rispettato l'art. 19 Cost., che protegge la libertà di professare liberamente e pubblicamente la propria fede religiosa con il solo limite della contrarietà della condotta al buon costume.

cazione o sorgono dei sospetti di scambio di persona, per un'imprescindibile esigenza di giustizia altrimenti non conseguibile il giudice può ordinare la rimozione del velo.

La seconda delle *directions* riconosce in capo all'imputata il diritto ad indossare liberamente il velo islamico nel corso del processo, eccetto che nel momento in cui, eventualmente, se ne debba assumere la deposizione, rendendo la quale la donna è obbligata a rimuoverlo. In base alla terza indicazione, se la donna rifiuta di scoprire il viso, dopo averla avvertita delle conseguenze che ne derivano e concessole del tempo per riflettere adeguatamente al riguardo, il giudice non ne assumerà la prova, evitando di dare corso all'esame.

In quarto luogo si afferma che il giudice, sebbene non sia obbligato, tenendo conto delle circostanze del caso possa disporre l'adozione di specifiche misure, idonee a ridurre il disagio avvertito dell'imputata nel corso della sua deposizione, ad esempio consentendo l'impiego di schermi video o di collegamenti live. Facendo ricorso ad uno di questi mezzi si esima la donna dal ritrovarsi a viso scoperto alla diretta presenza del pubblico, non già del giudice, della giuria e degli avvocati.

Prima della clausola con cui il giudice riserva a sé medesimo eventuali ulteriori decisioni sul caso, si precisa che nell'aula di udienza non solo non è consentito scattare fotografie né effettuare riprese video ma che non è ammesso disegnare, comporre ritratti o realizzare altro tipo di immagini riferite all'imputata, allorché la stessa mostra la propria faccia, e che fuori dall'aula non si può divulgare o pubblicare materiale analogo a quello vietato al suo interno.

Esplicitate quali sono le statuizioni rilevanti della sentenza, ai nostri fini rileva enucleare il particolare supporto argomentativo che le sorregge, tanto più che il giudice è pervenuto alle sue conclusioni in assenza di norme, di pratiche o di precedenti del diritto inglese che disciplinano la questione. A parte l'esistenza di fonti non giuridiche, che come tali evidentemente non vantano alcuna forza obbligante, in sentenza si osserva come assumerebbe un valore meramente indicativo anche quanto contenuto nel *Equal Treatment Bench Book*[6] che, quale guida per i magistrati ed il personale giudiziario, al riguardo indicherebbe delle linee di condotta a carattere assai generale. Nel manuale peraltro, sebbene si auspichi di pervenire ad un bilanciamento dei diversi interessi, si suggerisce che nel caso in cui si accerti un conflitto insa-

---

[6] Nella versione aggiornata del documento, reperibile in www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/judicial-college/equal-treatment-bb-2013.pdf, si dà atto dell'esistenza del problema qui in esame e si rappresenta che in merito sarà emanato un *Practice Direction by the Lord Chief Justice*.

nabile tra gli stessi debba essere considerato preminente quello di assicurare la giustizia: si consiglia pertanto di adottare una strategia risolutiva differente dal metodo dell'accomodamento ragionevole, accolto invece dal giudice.

Nonostante nel sistema di *common law* non rinvenga dei riferimenti normativi precisi e vincolanti sul tema, il giudice nel suo percorso argomentativo evidenzia come in ogni caso sia possibile assumere una decisione non arbitraria. Si muove dalla considerazione che è indubitabile l'esistenza in capo all'imputata del diritto fondamentale a manifestare pubblicamente le proprie convinzioni religiose, dalla stessa rivendicate ai sensi dell'art. 9 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, a cui aderisce anche il Regno Unito[7]. Mentre il primo comma dell'articolo sancisce la libertà di pensiero, coscienza e religione, il suo secondo comma vieta le restrizioni, inerenti alla libertà di manifestare le convinzioni religiose e personali, non stabilite dalla legge e non necessarie a salvaguardare la sicurezza, l'ordine, la salute o l'etica pubblica. In sentenza sarebbe stato opportuno precisare che l'art. 9 va letto congiuntamente all'art. 14 della CEDU, relativo al divieto di compiere discriminazioni.

Viene ricordato come nell'ambito CEDU la Giurisprudenza della corrispondente Corte internazionale assume un valore interpretativo e precettivo cogente per gli Stati membri. In base ad essa, le restrizioni alla libertà di espressione religiosa sono legittime se risultano necessarie (dunque non è richiesto che rivestano il carattere dell'indispensabilità, sebbene non sia sufficiente che le stesse siano meramente utili, ragionevoli o desiderabili) e proporzionate al fine perseguito. In quest'ottica, la Corte EDU ha ritenuto incompatibile l'uso del velo islamico qualora sia dimostrato che esso pregiudica diritti e libertà altrui, previsti dalla Convenzione, nonché l'ordine o la sicurezza pubblica[8]. In ogni caso, in virtù della dottrina del libero margine di apprezzamento la decisione sull'ammissibilità della restrizione è rimessa in primo luogo alla valutazione del singolo Stato nazionale; solo se vi è il sospetto di un errato bilanciamento dei diritti in conflitto, che esula da questo margine, la Corte EDU può accertare se sussista un'eventuale incompatibilità della previsione normativa con la Convenzione.

Per ponderare correttamente la questione concreta, così da poterla dirimere, il giudice inglese ritiene necessario procedere attraverso l'impiego di test legali, anche traendo spunto dalla comparazione con l'esperienza giu-

---

[7] Si veda in proposito lo *Human Rights Act* di recepimento del 1998, consultabile in www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents.

[8] In tal senso in sentenza si citano i casi Refah Partisi e altri contro Turchia, Dahlab contro Svizzera e Leyla Şahin contro Turchia, decisi dalla Corte EDU.

ridica canadese[9], che notoriamente può fornire in merito delle utili indicazioni, essendo propria di un Paese che ha adottato una politica legislativa multiculturale e che fa ampio uso dell'accomodamento ragionevole.

Preliminarmente all'esame dei diritti e degli interessi in competizione, il giudice precisa di non reputare necessario svolgere un accertamento sulla sincerità della credenza dell'imputata in merito all'obbligo d'indossare il velo. Si tratterebbe di un'indagine che condurrebbe inevitabilmente a valutazioni discrezionali ed a esiti differenti nel territorio, a scapito della certezza del diritto e della sua uniforme applicazione. Inoltre, se dovesse svolgere un simile accertamento, l'autorità giudicante s'intrometterebbe indebitamente in questioni dal carattere prettamente religioso, assumendo un atteggiamento dal sapore inquisitorio. Un accertamento di tale tipo, inoltre, dovrebbe tenere conto dei differenti gradi di convincimento delle persone circa l'obbligatorietà dell'uso del velo; si dovrebbe valutare anche se la scelta di portarlo è assunta liberamente o dietro pressioni di altro tipo. Tutte queste verifiche però, oltre a risultare difficili se non impossibili da compiere, rientrerebbero nel novero delle attività precluse alle istituzioni pubbliche. Eventuali tentativi di ricorrere in modo abusivo e pretestuoso all'uso del velo, del resto, risulterebbero del tutto vani giacché l'autorità giudiziaria può intervenire in ogni momento per accertare l'identità della persona coinvolta e dispone degli strumenti idonei ad assicurare il regolare svolgimento del processo.

Per quel che concerne l'obbligo d'indossare il velo, non v'è unanimità di vedute entro il mondo musulmano: non è incontroverso che il suo uso sia prescritto in maniera assoluta, tanto più innanzi al giudice. Quel che è certo, in ogni caso, è che si tratta di una pratica sociale diffusa ed attinente alla fede professata e che, solo per questo, la scelta d'indossare il velo merita considerazione e rispetto, essendo ricompresa nelle convinzioni religiose personali costituzionalmente protette.

---

[9] In sentenza si richiama la pronuncia della Corte suprema canadese nel procedimento *R. v. NS, 2012 SCC 72, [2012] 3. S.C.R. 726*, consultabile in http://scc-csc.lexum.com/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/12779/1/document.do. Sebbene il giudice correttamente ravvisi nella Giurisprudenza canadese un importante filone da cui attingere sul tema, sarebbe stato opportuno rappresentare che, nel caso specifico, rispetto alla pronuncia richiamata non sussiste un'unanimità di vedute: cfr. Faisal Bhabha, *R v. NS: What's Fair in a Trial? The Supreme Court of Canada's Divided Opinion on the Niqab in the Courtroom (2013)*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2261857. Giustamente si osserva che bisogna tenere conto delle relative differenze tra le vicende giudiziarie raffrontate perché la sentenza canadese richiamata riguarda l'impiego del velo da parte di una donna citata a testimoniare quale persona offesa dal reato e perché il diritto alla libertà di religione e coscienza, proclamato dalla "Canadian Charter", costituisce un diritto costituzionale primario e come tale è dotato di un notevole peso nel caso in cui si operi un bilanciamento tra esigenze contrapposte. Per il giudice permane però una significativa quanto interessante corrispondenza tra la tutela del diritto di libertà di religione apprestato dalla normativa canadese e quella fornita dalla CEDU.

Chiariti questi aspetti pregiudiziali, il giudice rileva come nell'ambito del diritto inglese vigano tre principi giuridici fondamentali potenzialmente configgenti con il diritto alla libertà di manifestazione religiosa dell'imputata, rispetto alla scelta d'indossare il velo islamico: il principio del *rule of law*; della *open justice*, in base al quale i processi debbono essere pubblici; del *adversarial trial*, registrandosi l'esigenza di svolgere i processi penali nelle forme del contraddittorio innanzi al giudice. Ad avviso del giudice, sono suscettibili di trovare un ragionevole accomodamento solo il secondo ed il terzo principio ed a condizione che l'adozione di tale soluzione sia richiesta da esigenze di giustizia e che avvenga in circostanze eccezionali. Qualcosa di simile accade quando vengono prese specifiche misure a tutela di alcune tipologie di persone. Ciò avviene, la maggior parte delle volte, occultando al pubblico l'identità dei minori coinvolti in reati di natura sessuale o evitando che si possano riconoscere i testimoni in casi di natura penale dove sussiste il rischio che costoro siano vittime di gravi ritorsioni.

Alla luce di ciò, in considerazione del contesto e delle circostanze concrete del caso, secondo il giudice nella vicenda in esame si rende possibile ricorrere agli accomodamenti di cui alle statuizioni richiamate, essendo importante salvaguardare anche la libertà religiosa individuale delle donne. Si tratta di modalità ragionevoli con cui si consente la libera manifestazione delle convinzioni religiose dell'imputata senza dispensare delle deroghe assolute all'applicazione dei principi giuridici fondamentali menzionati attraverso l'attribuzione di ingiustificabili privilegi, che violerebbero proprio quel principio di uguaglianza nel cui nome s'interviene. Non si può consentire, pertanto, che una donna sia giudicata da persone del medesimo sesso o che gli uomini siano esclusi dal pubblico. Le uniche restrizioni alla libertà di espressione religiosa ammissibili devono essere seriamente fondate su principi o norme giuridiche che tutelano un fine legittimo e se risulta dimostrato che tali misure limitative sono necessarie e proporzionate allo scopo.

3. *Profili teorici ed ecclesiasticistici dell'accomodamento ragionevole*

Piuttosto che limitarsi a commentare la sentenza illustrata, muovendo dalle argomentazioni in essa esposte ed alla luce degli aspetti problematici emersi dalla relativa vicenda giudiziaria, qui di seguito s'intendono presentare, assai facilitati in questo compito, delle considerazioni più ampie e generali concernenti il metodo di ricorrere a *reasonable accommodations* al fine di tutelare in maniera paritaria il diritto di ciascun individuo alla libera

manifestazione delle proprie credenze religiose e convinzioni personali[10]. La forza espansiva di tale meccanismo giuridico, sorto e sviluppatosi in ambito prettamente giuslavoristico, è stata colta da subito e nella sua interezza dagli ecclesiasticisti[11], in quanto s'intravede in esso uno strumento particolarmente raffinato, adatto a risolvere molte delle più delicate controversie, inerenti anche all'esercizio della libertà religiosa e che sono tipiche delle società democratiche pluriculturali e multireligiose occidentali.

Merita dunque di essere compiuto un approfondimento circa la giustificazione teorica e l'operatività pratica di tale complesso meccanismo giuridico, di cui non solo non esiste una nozione univoca ma rispetto al quale si rinvengono invero molteplici quanto contrastanti nozioni[12]. L'obiettivo, che ci si prefigge di conseguire, è quello di esaminare i risvolti concettuali più problematici di tale strumento giuridico, in maniera da tentare di contribuire alla formulazione di una plausibile configurazione di tale concetto giuridico, così da potere individuare uno statuto costitutivo, e dunque dei caratteri differenziali, che definiscono al meglio la figura dell'accomodamento ragionevole e le sue potenziali applicazioni. Solo distinguendolo dai concetti similari – come quello di obiezione di coscienza, disobbedienza civile ed *affirmative action*, nozioni alle quali sovente viene sovrapposto – è possibile impiegare al meglio tale strumento.

Quel poco che è certo, è che il meccanismo in esame ha un'origine giurisprudenziale[13] e che trova largo impiego nel sistema giuridico canadese e sta-

---

[10] In merito si vedano le argomentazioni di Jocelyn Maclure, *L'accomodamento ragionevole e la concezione soggettiva della libertà di coscienza*, in *Iride*, 2, 2012, pp. 349-368.

[11] Oltre alla crescente bibliografia dedicata al tema è significativo osservare, come nota Sara Domianello, *Conclusioni. Salutari esercizi di liberalismo nel «farsi» del diritto antidiscriminatorio in materia di religione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2013, pp. 237-251, nel commentare il numero monografico della rivista, dedicato al tema "Diversi e uguali nella fede. Discriminazioni per ragioni religiose nella organizzazione del lavoro", che ivi molti autori facciano riferimento alla pratica dell'accomodamento ragionevole.

[12] In proposito Julie Ringelheim, *Diritto e diversità culturale. La scienza giuridica di fronte alla sfida del pluralismo*, in *Ragion pratica*, 36, 2011, p. 111, sottolinea in modo particolare come la nozione in esame risulti assai controversa. Lamentano una persistente confusione sia nella giurisprudenza che nella legislazione europea Lisa Waddington-Mark Bell, *Exploring the Boundaries of Positive Action Under EU Law: a Search for Conceptual Clarity*, in *Common Market Law Review*, 48, 2011, pp. 1503-1526.

[13] Così Ilenia Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, FrancoAngeli, 2012, p. 118. L'accomodamento ragionevole è tematizzato in maniera chiara dalla suprema Corte del Canada nella causa *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears* (il relativo testo è consultabile in http://scc-csc.lexum.com/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/101/index.do), in cui si richiamano delle decisioni adottate in materia dalla Giurisprudenza statunitense. Con riferimento all'esperienza canadese si veda Lori Beaman (a cura di), *Reasonable Accomodation. Managing Religious Diversity*, Vancouver, UBC Press, 2012. Riguardo agli Stati Uniti d'America cfr. Christine Jolls, *Antidiscrimination and Accommodation*, in *Harvard Law Review*,

tunitense. Nell'ambito dell'Unione Europea l'accomodamento ragionevole trova applicazione in maniera più limitata ed è riferita eminentemente alla tutela della parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro[14]. Di esso si trova menzione, inoltre, nella Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'ONU nel 2006[15].

Quanto alla giustificazione teorica, è da osservare che questo metodo è riconducibile all'esigenza di assicurare l'ottimale applicazione del principio di eguaglianza e di non discriminazione e, per quel che concerne i nostri fini, ciò deve avvenire per garantire (non tanto la pari tutela delle persone in ambito lavorativo ma soprattutto) la pari tutela della libertà religiosa degli individui. È importante cogliere questo aspetto perché ciò vale ad evidenziare come sia unico il principio direttivo nei cui confronti tale metodo è funzionale: il principio di eguaglianza nelle sue, pure molteplici, estrinsecazioni e quale che sia il diritto o la libertà che, nella particolare circostanza del caso, esso richiede che sia esercitato in maniera paritaria. Poiché l'accomodamento ragionevole è un corollario di tale principio, esso non costituisce «*une politique globale de lutte contre la discrimination et de gestion de la diversité*»[16].

115, 2, 2001, pp. 642-699; Sharon Rabin-Margalioth, *Anti-Discrimination, Accommodation and Universal Mandates – Aren't They All the Same?*, in http://isllss.huji.ac.il/anti-discrimination.pdf; Stewart Schwab-Steven Willborn, *Reasonable Accommodation of Workplace Disabilities*, in *William and Mary Law Review*, 44, 3, 2003, pp. 1197-1285; Adam Schwartzbaum, *The Niqab in the Courtroom: Protecting Free Exercise of Religion in a Post-Smith World*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 159, 5, 2011, pp. 1533-1576. Hoult Verkerke, *Disaggregating Antidiscrimination and Accommodation*, in *William and Mary Law Review*, 44, 3, 2003, pp. 1385-1419. Argomenta a favore dell'uso dei simboli religiosi nelle aule giudiziarie, quale che sia il ruolo ricoperto dagli interessati, anche se si tratta del personale giudiziario, di avvocati o di giudici, e Samuel Levine, *Religious Symbols and Religious Garb in the Courtroom: Personal Values and Public Judgments*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287459. Più in generale sul problema cfr. Nathasha Bakht, *Objection, Your Honour! Accommodating Niqab-Wearing Women in Courtrooms*, in Ralph Grillo-Roger Ballard-Alessandro Ferrari-André Hoekema-Marcel Maussen-Prakash Shah (a cura di), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Surrey, Ashgate Publishing, 2009, pp. 115-133; Ben Saul, *Wearing Thin: Restrictions on Islamic Headscarves and Other Religious Symbols*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1292568.

[14] Il riferimento è alla Direttiva del Consiglio n. 2000/78/CE (in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0016:IT:PDF), che in Italia ha trovato attuazione con il D. Lgs. n. 216/2003 ed il D.L. n. 76/2013, convertito con modificazioni dalla L. n. 99/2013 ed emanato a seguito della sentenza di condanna, emessa il 4 luglio 2013, dalla quarta sezione della Corte di Giustizia europea nella causa C-312/11 tra la Commissione europea e la Repubblica italiana, non avendo recepito quest'ultima la Direttiva in maniera corretta e completa. Per una panoramica più generale sul tema cfr. la pubblicazione, edita dal Conseil de l'Europe, Aa.Vv., *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles*, in www.coe.int/t/dg3/socialpolicies/socialcohesiondev/source/Trends/Trends-21_fr.pdf.

[15] La Convenzione è stata ratificata in Italia con la L. n. 18/2009.

[16] Così Pierre Bosset, *L'accommodement raisonable: du bon et du mauvais usage des mots, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, Montreal, Québec, 2007.

Tale metodo coinvolge sia le istituzioni pubbliche sia i datori di lavoro privati ed opera con esclusivo riguardo alle discriminazioni indirette. Queste si verificano, seguendo la definizione corrente ed ampiamente accettata fornita dall'art. 2 della Direttiva del Consiglio n. 2000/78/CE, tra l'altro «quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura … a meno che … tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari». Notoriamente, invece, in base al medesimo articolo si ha una discriminazione diretta quando «una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga» per motivi fondati su religione, convinzioni personali, handicap, età o per via delle tendenze sessuali. La nozione minimale di antidiscriminazione, tratta dall'esperienza giuridica comune europea, esprime così il divieto di operare degli ingiustificati trattamenti differenziali diretti o indiretti, prescrivendo di trattare in modo eguale situazioni uguali e situazioni diverse in maniera differente. Una definizione analoga di discriminazione diretta ed indiretta si rinviene nella sentenza canadese nel caso *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*.

Che debba essere questo l'ambito normativo entro cui può trovare applicazione l'accomodamento ragionevole lo si evince dal fatto che altrimenti, ovvero nel caso in cui venisse in rilievo una discriminazione diretta, formalmente farebbe problema la norma in sé, che deficiterebbe dell'imprescindibile carattere di imparzialità e neutralità, e ciò implicherebbe la necessità d'innescare un giudizio di costituzionalità della stessa in quanto violerebbe il principio di eguaglianza e parità di trattamento, conducendo inesorabilmente alla caducazione della norma, cosicché non vi sarebbe più la necessità di ricorrere ad un accomodamento.

Per accomodamento ragionevole può intendersi allora la previsione normativa in base alla quale, attraverso un apposito intervento di aggiustamento, si evitano del tutto o si rimedia quanto più possibile alle conseguenze indesiderate ed ulteriori che derivano dall'applicazione di norme formalmente imparziali e neutrali le quali, solo per via delle concrete circostanze di fatto in cui si attuano o per le peculiarità dei loro destinatari, penalizzano indirettamente determinati individui. Sussiste un'ingiustificata penalizzazione allorché un individuo, per motivi indipendenti dalla sua volontà, non può godere di una ottimale o paritaria possibilità, comparata con quella di altri individui, di esercitare diritti o libertà fondamentali. In virtù del principio di eguaglianza e del fatto che il rispetto delle credenze religiose e delle con-

vinzioni personali costituisce un elemento di profonda importanza nella vita umana, si ritiene opportuno evitare simili penalizzazioni.

Tra queste, ad esempio, rientra la previsione di fare lavorare di sabato un avventista del settimo giorno, cosa vietata dalla sua fede religiosa. È stato questo l'oggetto del contendere deciso sia della citata sentenza del 1985 nella controversia *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*, celebratasi nel Canada, sia della sentenza *Sherbert v. Verner*, definita dalla Corte suprema statunitense nel 1963.

I casi di penalizzazione possono essere affrontati con vari metodi[17], solo in parte equivalenti. Si può considerare l'esistenza di un'antinomia tra norme di pari grado, da risolvere attraverso i consueti canoni. Altrimenti si può procedere ad un giudizio di bilanciamento tramite cui si ponderano principi, diritti o libertà tra loro in conflitto nel momento applicativo per stabilire a quale di essi debba attribuirsi prevalenza nel caso concreto, così da individuare un ordine contingente di priorità ovvero una preferenzialità occasionale determinata dalle circostanze di fatto specificamente rilevanti. In questo contesto, si prevede che debba essere rispettato il parametro, in realtà indefinito, della necessità e della proporzionalità della limitazione di un diritto o di una libertà fondamentale. Tale valutazione è effettuata ricorrendo a test legali idonei a commisurare per un verso il grado della penalizzazione sofferta dall'individuo e, per altro verso, il beneficio che ne può derivare alla comunità oppure il rispetto di stringenti principi giuridici o di diritti altrui. Può giungersi anche, a seconda dei casi, ad un giudizio di costituzionalità che darebbe luogo ad una pronuncia d'incostituzionalità della norma o ad una sentenza manipolativa[18]; non è un caso che in territorio canadese l'accomodamento ragionevole venga considerato una esenzione costituzionale. L'ultima alternativa è data dall'accomodamento ragionevole.

Com'è stato notato, per quest'ultima prospettiva quel che risulta importante è tentare di raggiungere un'eguaglianza di beneficio o di protezione, nel senso di evitare fardelli, oneri o restrizioni supplementari che indirettamente ricadono su alcuni individui piuttosto che su altri solo in ragione della diversa fede professata, cosicché una legge non abbia un effetto diversamente gravoso sulle persone per ragioni non pertinenti[19]. Viene adottato,

---

[17] In proposito si vedano le interessanti riflessioni di MAURO BARBERIS, *I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico*, in PAOLO COMANDUCCI-RICCARDO GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2005*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 1-20.

[18] In proposito cfr. MARIA DICOSALA, *Tecniche di bilanciamento tra libertà di religione e laicità dello Stato. Il principio del duty of accommodation*, in www.olir.it/areetematiche/pagine/perLibri/dicosolaCanada.pdf.

[19] Così, espressamente, DONATELLA LOPRIENO-SILVIO GAMBINO, *L'obbligo di "accomodamento ragio-*

così, un concetto di eguaglianza di trattamento che tende non ad attribuire ingiustificati privilegi o speciali trattamenti ma solamente a derogare ad una previsione normativa che penalizza indebitamente alcuni individui.

Al fine di evitare una *adverse effect discrimination* si prevede la possibilità di limitare gli effetti, di modificare le modalità applicative o d'individuare maniere alternative di attuazione delle norme, configurando un'esenzione occasionale dal rispetto della legge in nome del principio di eguaglianza nell'esercizio di diritti e libertà fondamentali[20]. Oltre a non doversi discostare dall'effettivo rispetto di quest'ultimo principio tributando, per eccesso di zelo, misure ingiustificate, lo Stato non deve allontanarsi dal dovere di neutralità. Attraverso la previsione di alcune facilitazioni e di interventi, positivi o negativi, è solo possibile conseguire una situazione di tendenziale parità tra le persone, eliminando un fattore penalizzante, fonte di disparità di trattamento.

Concretamente l'accomodamento ragionevole consiste nella predisposizione di specifiche misure d'intervento relative al caso particolare e può assumere svariate forme, non essendovene di predefinite. Può trattarsi di differenti formule organizzative o operative di un'attività, come accade ripartendo tra il personale dipendente i giorni di lavoro, o di accorgimenti pratici che contemplano l'impiego di collegamenti live o di schermi video nelle aule giudiziarie, impiegati al fine di non fare deporre direttamente a contatto con il pubblico le donne islamiche a viso scoperto; può tradursi nel riconoscimento ai carcerati della possibilità di seguire una dieta alimentare conforme ai loro precetti religiosi.

Illustrato l'ambito in cui opera l'accomodamento ragionevole, il suo principio direttivo, la sua finalità e le modalità operative, deve prestarsi attenzione a non cadere in un errore concettuale e confondere tale rimedio con istituti limitrofi e similari. L'accomodamento ragionevole non va confuso

---

nevole" nel sistema multiculturale canadese, in Giancarlo Rolla (a cura di), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 226-227.

[20] Per Francesco Alicino, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, Milano, Cedam, 2011, p. 53, attraverso l'accomodamento ragionevole "il giudice, derogando alla regola generale ed astratta, ha la possibilità di correggere una discriminazione che, seppur indiretta, impedisce il compiuto godimento della libertà religiosa da parte di un individuo". Per Silvio Gambino, *Laicità e Stato. La ricerca di un dialogo difficile ma necessario; le opportunità offerte dalle esperienze costituzionali comparate e dalle relative giurisprudenze*, in Nicola Fiorita-Donatella Loprieno (a cura di), *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze, Firenze University Press, 2009, p. 19, con l'accomodamento ragionevole, in presenza di determinate condizioni, lo Stato, le persone e le imprese private sono tenute a "modificare norme, pratiche e politiche legittime e giustificate, applicabili indistintamente a tutti, per tener conto dei particolari bisogni delle minoranze e soprattutto di quelle etniche e religiose".

con la disobbedienza civile e l'obiezione di coscienza. Queste, contestando il merito di una norma generale ed astratta, richiedono esenzioni dall'obbligo di attenervisi per ragioni di fede, coscienza o convinzioni personali sicché è lecito ritenere che talvolta si configuri un vero e proprio diritto ad esercitare l'obiezione di coscienza, sebbene ciò possa avvenire a condizioni e secondo modalità espressamente previste dalla legge[21]. Si tratta di benefici di cui potenzialmente possono usufruire tutti e che non hanno ad oggetto una discriminazione susseguente alla violazione indiretta del principio di eguaglianza. L'accomodamento ragionevole non va confuso inoltre con le *affimative actions* tramite le quali, invece di chiedere un'esenzione dall'osservanza di una norma, s'invoca l'adozione di norme preferenziali che favoriscano un intero gruppo di persone ritenute svantaggiate.

Un'altra questione rilevante, attorno alla quale non v'è unanimità di vedute, è quella di stabilire a quali condizioni si possa dare corso ad un accomodamento ragionevole. Generalmente ne vengono indicate tre: a) che esista un legame tra una certa pratica ed una credenza o religione che obbliga, anche per via consuetudinaria, ad attenersi a quella pratica o a tenere un determinato comportamento, ancorché questo non esprima la posizione dottrinale ufficiale della Chiesa; b) la sincerità della convinzione o della fede invocata dal soggetto che lamenta una discriminazione a suo danno; c) l'effettiva presenza di ostacolo normativo più che trascurabile o più che insignificante alla possibilità di conformarsi ai propri convincimenti religiosi.

Non infrequentemente si scorge che per alcune pronunce e secondo diversi autori graverebbe sul presunto autore della discriminazione l'onere di provare che questa è ragionevole e giustificabile nell'ambito di una società libera e democratica ovvero che l'obiettivo perseguito con la stessa è sufficientemente importante da giustificare la limitazione di un diritto costituzionale e che i mezzi scelti siano proporzionati al fine. Meno frequentemente si prevede che non spetti alcuna forma di accomodamento se il datore di lavoro o il fornitore di beni e servizi ha tentato seriamente ed in buona fede di eliminare il fattore discriminante tramite un'intesa con le persone interessate e questa non si è raggiunta.

A seguito dell'analisi della sentenza inglese svolta in precedenza, sembrerebbe però che tali condizioni e requisiti in realtà siano opinabili in quanto

---

[21] Sulla configurazione dell'obiezione di coscienza come un diritto a non obbedire ad una norma si veda, tra i tanti, Francesco Viola, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2009_n9/02_mono-06_F_Viola.pdf ed il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica pubblicato il 30 luglio 2012, in www.governo.it/bioetica/pdf/Obiezione_coscienza.pdf. In tema cfr. anche Joseph Raz, *The Autority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

non necessariamente risultano determinanti per decidere di accordare un accomodamento ragionevole: come si è osservato, quel che è importante è verificare la sussistenza di un'effettiva ed ingiustificata disparità di trattamento delle persone. D'altronde, un limite al riconoscimento di un accomodamento si ha per certo nell'ipotesi in cui dalla sua adozione derivino degli oneri eccessivi ed insostenibili[22], talché in effetti si esulerebbe dal rispetto parametro della ragionevolezza. Altrettanto indubbiamente può valutarsi la corrispondenza, almeno generale, di una richiesta di accomodamento ragionevole con il contenuto fideistico di una credenza religiosa nonché la diffusione di questa, al fine di vagliare la fondatezza e la plausibilità della richiesta.

4. Conclusioni

Dall'analisi svolta è emerso come vi siano molteplici modalità, valide e legittime, con cui è possibile configurare il meccanismo dell'accomodamento ragionevole, che sembra essere pienamente giustificato in teoria ed estremamente utile nella pratica. Si tratta di un istituto dotato di una notevole forza propulsiva che sospinge il fenomeno giuridico verso una dimensione più equilibrata e mite[23], segnata da maggiore eguaglianza e ragionevolezza pratica nella fase applicativa del diritto, rendendolo maggiormente sensibile alle più profonde esigenze dell'uomo, singolarmente concepito. L'attenzione riservata all'autonomia morale dell'individuo ed il rispetto delle sue convinzioni razionali e credenze religiose non può che rendere l'accomodamento ragionevole uno strumento funzionale a tutelare in massimo grado diritti e libertà individuali.

Acclarata la sua fondatezza ed apprezzata la sua utilità, non può che auspicarsi che si ricorra in maniera più generalizzata alla figura dell'accomodamento ragionevole, laddove sia agevolmente realizzabile. In questa prospettiva, si tratta di offrire una facoltà in più a qualcuno senza ledere

[22] In merito cfr. Francesca Astengo, *Libertà di religione e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, in http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/religione_canada/index.html#_ftn32, la quale, citando José Woehrling, *L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse*, in *Revue de droit de McGill*, 43, 1998, specifica che la nozione di onere eccessivo include i costi per sostenere l'accomodamento; il danno per il buon funzionamento dell'attività; gli effetti negativi su diritti altrui; l'effetto "valanga", costituito dalla moltiplicazione di richieste simili e che, complessivamente considerate, renderebbero insostenibile l'accomodamento.

[23] Il riferimento va a Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

minimamente alcuno nel più ampio rispetto dell'*harm principle*, realizzando una democrazia sostanziale ed assicurando un effettivo quanto vivace pluralismo. Tutto ciò sembra potere unire credenti e non credenti sul metodo con cui affrontare le questioni eticamente sensibili, nel pieno ed integrale rispetto dei valori costituzionali fondanti e dei diritti e delle libertà individuali che ne conseguono, così da rendere possibile ad ogni persona, singolarmente, di vivere seguendo quelle opzioni per lui dotate di senso e valore che rendono realisticamente giusta, buona o degna la sua vita[24].

---

[24] Per una riflessione in merito si veda Joseph Raz, *Multiculturalism*, in *Ratio Juris*, 3, 1998, pp. 193-205; Id., *Value, Respect and Attachment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; trad. it. di Marco Goldoni, *I valori fra attaccamento e rispetto*, Reggio Emilia, Diabasis, 2003.

Francesco Ruffini ordinario di diritto canonico a Genova negli anni Novanta dell'Ottocento

GIOVANNI B. VARNIER

1. L'insegnamento di Ruffini è paragonabile ad una cometa

In un saggio dal titolo: *L'insegnamento del diritto canonico ed ecclesiastico dall'Unità d'Italia nelle Università delle metropoli del Nord* (in pubblicazione nel volume curato da Manlio Miele, che raccoglie gli atti di un convegno di studi, che si svolse a Padova nell'ottobre 2011 sul tema: *Gli insegnamenti di diritto canonico ed ecclesiastico a cento cinquant'anni dall'Unità*), Luciano Musselli affronta la parte relativa all'Ateneo ligure prendendo le mosse proprio da Francesco Ruffini.

L'insegnamento del Ruffini – nato a Lessolo il 10 aprile 1863 e morto a Torino il 29 marzo 1934[1] – sarebbe: "paragonabile ad una cometa. Nasce a Pavia, passa ben presto a Genova, ove si ferma per alcuni anni, ed approda poi definitivamente a Torino, ove il suo astro rifulgerà per decenni. Le sedi di Torino e Genova resteranno, poi, nell'alveo ideale tracciato da Ruffini e dalla sua scuola, per opera dei suoi allievi e successori Bertola e Moresco, anche se le idee di Ruffini in merito al Concordato ed il suo rigoroso separatismo saranno superati in nome nel nuovo corso degli eventi; inoltre, la sua scuola si estende, con Mario Falco, anche a Milano"[2].

Per me invece Francesco Ruffini vuol dire una eredità culturale, che ha un preciso momento di inizio che mi rimanda ad una foto incorniciata che, insieme a quella di Mattia Moresco, vidi per la prima volta nel 1970 nello

---

[1] Cfr. F. Margiotta Broglio, *Ruffini, Francesco,* in *Dizionario biografico dei Giuristi italiani (XII-XX secolo),* diretto da I. Birocchi - E. Cortese - A. Mattone - M. N. Miletti, 2 volumi, Bologna, Il Mulino, 2013, pp.1753-1755.

[2] L. Musselli, *L'insegnamento del diritto canonico ed ecclesiastico dall'Unità d'Italia nelle Università delle metropoli del Nord*, in *Gli insegnamenti di diritto canonico ed ecclesiastico a cento cinquant'anni dall'Unità*, p.17 delle bozze di stampa.

studio di Lazzaro Maria de Bernardis (1909-1996). Questi, allievo di Moresco, libero docente di diritto ecclesiastico nel 1937, incaricato a Parma dal 1939 al 1943 poi a Pisa e in seguito docente a Genova a diverso titolo per oltre quaranta anni, fu figlio dell'avvocato Giuseppe a sua volta di Lazzaro[3]. Questo Giuseppe fu studente iscritto al primo di Giurisprudenza nel 1895-96 e allievo del Ruffini negli anni del suo insegnamento a Genova.

Il richiamo spiega il rapporto della famiglia de Bernardis con il Maestro torinese, che Lazzaro Maria de Bernardis ricordò nei termini seguenti: "Quando io feci la tesi di laurea, Moresco mi disse: <Vai da Ruffini che certamente ti aiuterà>. Sono andato e mi ha aiutato. Era un uomo di una generosità estrema, è venuto a casa mia, mi ha portato persino una rivista tedesca che aveva trovato al Senato, e lei sa che non è permesso portarle via. Io gli ho chiesto: <Quanto posso tenerla?>, mi ha risposto: <Quanto vuole>. Io gliel'ho restituita subito, ma lui aveva sentito la puzza di galantuomo. Quando poi mi sono laureato, Ruffini è morto, a Borgofranco d'Ivrea. Ai funerali c'erano i commissari di Pubblica Sicurezza che prendevano nota di chi era presente. Era un delitto andare ai funerali! L'ultima volta che ho visto Ruffini è stato a Torino, dove gli avevo portato i risultati della mia tesi. Andando via, Ruffini sulla porta di casa mi dice: <Tanti saluti a Moresco, continui a studiare, lei è un bravo ragazzo, ha le qualità, e voglia bene al suo maestro, che è un galantuomo>, non come Pivano che è una carognetta (era un altro suo allievo rettore dell'Università di Torino, che quando ha saputo che Ruffini non aveva giurato, ha avuto delle male parole)"[4].

Per parte mia c'è un ulteriore legame, in cui la piccola storia si inserisce in vicende più grandi, in quanto Lazzaro Maria de Bernardis, con testamento olografo del 16 febbraio 1989, dispose una serie di legati, tra i quali: "al caro allievo Varnier i tre quadretti con fotografia di Ruffini, Moresco, e la piccola stampa con l'atrio dell'Università, tutti e tre nel mio studio".

Quello che tanto mi colpì in anni lontani è oggi un legato affettivo che anch'io conservo[5], ma è anche un legato morale di cui mi ritengo solo depositario, con l'impegno di trasmissione a chi verrà a continuare quella scuola e riceverà una eredità di cui oggi sento il peso.

---

[3] In proposito si veda: *Ricordo di Lazzaro Maria de Bernardis*, a cura di G. B. VARNIER, Genova, Brigati, 2000.

[4] *Tra le due guerre: filosofia.* Intervista a Lazzaro Maria de Bernardis, in C. ROSSETTI, *L'Università si racconta. Interviste sull'Ateneo genovese,* Genova, Marietti, 1992, p.116.

[5] Parimenti conservo uno scritto, senza data, di Francesco Ruffini, edito a Torino dal Gran Magistero dei SS. Maurizio e Lazzaro con il titolo: *La Parrocchia Mauriziana di Stupinigi*, che reca nel frontespizio la significativa dedica: "All'amico Lazzaro de Bernardis coi migliori auguri per lui e per i Suoi. F. Ruffini".

Un peso aggravato dal fatto che, solo l'antica amicizia ha portato Luciano Musselli a scrivere che: "L'impostazione ruffiniana, rivissuta in chiave moderna ed aggiornata alla luce della cultura storica contemporanea, è continuata oggi presso la Facoltà di Scienze politiche dall'importante magistero di Giovanni Battista Varnier, allievo di de Bernardis, professore ordinario presso tale Facoltà, al quale si devono diversi ed assai rilevanti studi nel settore di cui qui ci occupiamo"[6].

Come osserva ancora il Musselli, fermo restando il tenace legame con Torino[7], in effetti a Genova "l'insegnamento del diritto ecclesiastico in senso moderno si riconnette alla venuta del Ruffini, negli anni Novanta dell'Ottocento"[8] anche se – come vedremo- non mancarono i predecessori.

2. *Le fonti*

Debbo premettere che le fonti utilizzate per questa indagine sono quelle consuete, già altre volte compulsate per ricerche analoghe. Mi riferisco all'*Annuario della Regia Università degli Studi di Genova*, anche definito *Calendario scolastico generale della Regia Università degli Studi di Genova,* a cui aggiungere il *Calendario Generale del Regno d'Italia,* compilato a cura del Ministero dell'Interno e, ovviamente, il *Bollettino Ufficiale del Ministero della Pubblica Istruzione.*

Ci sono poi i fascicoli del personale cessato, conservati nella sede centrale dell'Università di Genova in quanto non ancora depositati all'Archivio di Stato.

In proposito va subito osservato che se si dovesse valutare l'importanza di Francesco Ruffini dalla documentazione pervenuta in quella sede troveremmo solo scarsi richiami, che si riferiscono principalmente al trattamento economico e al trasferimento a Torino[9].

Ci sono poi le opere del periodo genovese nella Biblioteca Universitaria

---

[6] L. Musselli, *L'insegnamento del diritto canonico ed ecclesiastico dall'Unità d'Italia nelle Università delle metropoli del Nord*, cit., p. 21.

[7] Nell'ottobre del 1936, Mario Falco – nel chiudere la presentazione dei due volumi di *Scritti giuridici minori*, ordinati insieme ad Arturo Carlo Jemolo ed Edoardo Ruffini – sottolineò come Francesco Ruffini all'antico Ateneo di Torino: "fu sempre tenacemente legato e diede il meglio della vita", contribuendo "ad illustrarlo e a tenerne alta la fama" (F. Ruffini, *Scritti giuridici minori scelti e ordinati da* M. Falco - A.C. Jemolo - E. Ruffini*,* vol. I, *Scritti di diritto ecclesiastico,* Milano, Giuffrè, 1936, p.VI).

[8] L. Musselli, *L'insegnamento del diritto canonico ed ecclesiastico dall'Unità d'Italia nelle Università delle metropoli del Nord*, cit., p.18.

[9] *Archivio dell'Università degli Studi di Genova,* fascicolo personale di: *Francesco Ruffini.*

di Genova, che era allora la biblioteca dell'Ateneo, mentre notizie sempre utili, pur con qualche inevitabile imprecisione, si ricavano incrociando i profili bio-bibliografici contenuti nel recente *Dizionario biografico dei giuristi italiani* [10].

Fino ad ora non ho trovato memorie o carteggi, ad eccezione dei molti aneddoti ma con poche date che ci ha lasciato Andrea Piola in diversi suoi scritti sulla Facoltà giuridica di Genova[11].

Segnalo in dettaglio una curiosità letteraria, che si riferisce al Ruffini studente e che è tratta dal romanzo di Salvator Gotta, *Tempo della regina Margherita*, che immagina lo svolgersi della seguente conversazione in casa dei Giacosa:

"Venne deciso di cercare un giovane d'una certa cultura e disposizioni letterarie, perché si mettesse a disposizione di Pin [Giuseppe Giacosa] e gli facesse da segretario.

– Ma mi occorre un segretario veramente intelligente, al quale non sia obbligato a dettargli le lettere, ma le scriva lui stesso: e non solo le lettere ordinarie ma anche quelle dirette a personaggi illustri. Uno ci sarebbe, bravissimo: ma sta per finire l'università, e vuol prendere la laurea a pieni voti.

– Chi è?

– Francesco Ruffini, di Borgofranco: il primo figlio di Elisa Ambrosetti, insomma.

– Non lascia i suoi studi – confermò la signora Paolina che della signora Elisa Ruffini-Ambrosetti era molto amica.

– Ci sarebbe pure un cugino di Francesco Ruffini: anche lui studioso e intelligente – propose Carandini-Carletto Lesca.

– Non accetta nemmeno lui – riprese la signora Paolina. – Deve dare anche lui la laurea: i due cugini gareggiano a chi arriva primo"[12].

3. La Facoltà giuridica di Genova nel tramonto del XIX secolo

Ad oggi manca un quadro complessivo che sia espressione della cultura giuridica nell'Ateneo di Genova tra Otto e Novecento[13]; abbiamo una serie

---

[10] Cfr., *Dizionario biografico dei Giuristi italiani (XII-XX secolo),* cit.

[11] Cfr. A. Piola, *Maestri di diritto e vita del diritto,* Milano, Giuffrè, 1975; Id., *La Facoltà di Giurisprudenza di Genova nell'ultimo mezzo secolo (1929-1979),* Genova, 1979, [s.e.].

[12] S. Gotta, *Tempo della regina Margherita,* Milano, Mondadori, 1962, p.216.

[13] In proposito si può segnalare soltanto il volume: *Giuristi liguri dell'Ottocento,* a cura di G. B. Varnier, Genova, Accademia Ligure di Scienze e Lettere, 2001.

di contributi sparsi ed è stato ricostruito (ma non ancora pubblicato) l'elenco dei docenti e delle relative materie di insegnamento dal 1835-36 ad inizio del Novecento.

Nell'anno 1893-94 – primo dell'insegnamento genovese del Ruffini – la Facoltà giuridica è composta da otto professori ordinari: Antonio Ponsiglioni, rettore dell'Ateneo (Economia politica); Sebastiano Gianzana, preside della Facoltà (Procedura civile e ordinamento giudiziario); Carlo Fadda (Diritto romano); Ferdinando Mecacci (Diritto e procedura penale), Pietro Cogliolo (Istituzioni di diritto romano); Ferdinando Bianchi (Diritto civile); Vittorio Wautrain-Cavagnari (filosofia del diritto); Giovanni Maurizio (Diritto costituzionale) e quattro straordinari: Antonio Traverso (Storia del diritto italiano dalle invasioni barbariche ai dì nostri); Paolo Bigliati (Diritto internazionale); Giulio Salvatore Del Vecchio (Statistica); Francesco Ruffini (Diritto canonico) e un emerito: Gerolamo Boccardo, senatore del Regno.

Nove sono gli insegnamenti coperti per incarico o corsi speciali o complementari: Giovanni Maurizio (Diritto amministrativo); Paolo Emilio Bensa (Introduzione alle scienze giuridiche ed Istituzioni di diritto civile); Angelo Roncalli (Scienza delle finanze e diritto finanziario); Pietro Cogliolo (Storia del diritto romano); Vittorio Wautrain-Cavagnari (Scienza dell'amministrazione); Carlo Fadda (Esegesi sulle fonti del diritto romano); Paolo Bigliati (Storia dei trattati e diplomazia); Giacomo Grasso (Legislazione comparata); Raffaele Drago (Contabilità di Stato).

Dodici i liberi docenti e c'è poi una serie di dottori aggregati.

Tra questi nomi sono ancora oggi ricordati: Paolo Emilio Bensa, Pietro Cogliolo, Raffaele Drago, Carlo Fadda, Giacomo Grasso, Giovanni Maurizio, Vittorio Wautrain-Cavagnari.

Gli studenti del primo anno sono 69 su un totale di 281 iscritti[14].

4. *La tradizione degli insegnamenti canonistici ed ecclesiasticistici nell'Ateneo di Genova*

Cercando di tracciare gli orientamenti culturali e politici dell'insegnamento della disciplina giuridica del fenomeno religioso, l'anno di svolta è sicuramente da identificare nel 1878, perché è solo in quell'anno che l'Università di Genova fu autorizzata a conferire per incarico il diritto canonico

[14] Cfr., *Annuario della Regia Università degli Studi di Genova. Anno scolastico 1893-94,* Genova, Pietro Martini, 1894.

all'avvocato Stefano Castagnola [15], giurista e politico di fede liberale[16] e autore di una monografia sui rapporti tra Stato e Chiesa[17].

In precedenza, fino al 1873 la medesima cattedra fu ricoperta per circa quaranta anni dal canonico Giovanni Battista Daneri[18], poi ci furono alcuni anni in cui l'insegnamento tacque.

Nel 1884 il Castagnola passò come straordinario all'insegnamento del diritto commerciale, ma continuò ad insegnare per incarico la sua antica materia fino alla morte nel 1891.

Negli anni 1891-92 e 1892-93 l'incarico fu affidato allo storico del diritto Antonio Traverso, quindi, come vedremo arrivò Ruffini[19].

Dal 1899-1900 troviamo come docente incaricato Carlo Manenti, straordinario di Diritto romano, trasferito nel 1895 da Messina a Genova e poi nel 1906 alla cattedra di Diritto civile a Siena[20].

Il Manenti dal 1901 al 1905 insegnò una disciplina denominata: *Diritto ecclesiastico,* così per la prima volta la materia mutò il nome e non solo i contenuti, cosa già avvenuta in precedenza. Successivamente l'insegnamento fu nuovamente affidato al Traverso fino al 1910, il quale ci ha lasciato anche il corso delle sue lezioni in edizione litografata per l'anno 1909-1910, perdute a Genova ma riscoperte a Napoli da Antonio Fuccillo[21].

Intanto incominciò a presentarsi all'orizzonte la lunga parabola che con-

---

[15] Vedere: *Bollettino Ufficiale del Ministero della Pubblica Istruzione*, citato da G. Catalano, *La problematica del diritto ecclesiastico ai tempi di Francesco Scaduto e ai nostri giorni.* Prolusione al corso di diritto ecclesiastico per l'anno accademico 1964-65, letta nell'aula magna dell'Università di Palermo il 30 marzo 1965, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1965, p.40.

[16] Stefano Castagnola nacque a Chiavari il 3 agosto 1825 e morì a Genova l'11 settembre 1891; fu avvocato, docente universiario, deputato al parlamento subalpino e poi a quello italiano, ministro dal 1869 al 1873 e poi, per due volte, sindacato di Genova. Su di lui, da ultimo, si veda: R. Braccia, *Un avvocato nelle istituzioni. Stefano Castagnola giurista e politico dell'Italia liberale,* Milano, Giuffrè, 2008.

[17] Cfr., S. Castagnola, *Delle relazioni giuridiche fra Chiesa e Stato,* Torino, UTE, 1882.

[18] Giovanni Battista Daneri, nacque a Genova il 7 febbraio 1805 e fu avviato al sacerdozio e agli studi giuridici.
Dopo la laurea, nel 1831 fu aggregato al Collegio dei Dottori di Legge.
Nominato professore di Istituzioni canoniche il 15 settembre 1835, passò poi alla cattedra di Decretali. Nel 1847 ci fu una ulteriore riforma e gli insegnamenti di diritto canonico furono uniti in una sola cattedra, che fu allora denominata Diritto ecclesiastico. A partire dal 1864 la materia mutò di nuovo nome tornando a chiamarsi: Istituzioni di diritto canonico, materia che il Daneri insegnò fino al 1873.

[19] Cfr. G. Catalano, *La problematica del diritto ecclesiastico ai tempi di Francesco Scaduto e ai nostri giorni,* cit., pp.20-57.

[20] Cfr., G. B. Varnier, *Carlo Manenti (1860-1929): cultura giuridica romanistica e diritto ecclesiastico statuale,* in *Studi in onore di Remo Martini,* vol. III, Milano, Giuffrè, 2009, pp.811-828.

[21] A. Fuccillo, *Il valore della tradizione dottrinale: riappare dall'oblio il manuale di Antonio Traverso,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale.* Rivista telematica, febbraio 2008.

dusse Mattia Moresco dal potere all'oblio: libero docente nel 1905; straordinario nel 1911; stabile nel '14; promosso ordinario nel 1916[22].

La sua fu una carriera accademica lunga – divenne anche decano della disciplina – che si estese dall'età liberale alla caduta del regime fascista e che, dalla scuola del Ruffini, ondeggiò tra cultura giuridica separatista, nazionalismo mussoliniano e conformismo concordatario degli anni Trenta.

5. Ruffini docente a Genova

Gaetano Catalano, nella sua nota prolusione palermitana per l'anno accademico 1964-65 in cui affrontò il tema delle problematiche del diritto ecclesiastico ai tempi di Francesco Scaduto, così ci presenta l'esordio genovese del Ruffini: "Si affacciava poi all'orizzonte la brillantissima stella di altro giovane studioso, destinato a divenire un autentico caposcuola. Mi riferisco a Francesco Ruffini, che, dopo alcuni corsi liberi svolti a Torino, ascendeva nel 1892[1893] alla cattedra di Genova"[23].

Con meno eleganza espressiva, le carte d'archivio ci dicono che il Ruffini fu nominato, con decreto ministeriale del 23 novembre 1893, professore straordinario: "con stipendio di Lire 3000 a far data dal 1° Dicembre prossimo"[24].

La commissione esaminatrice del concorso genovese fu presieduta da Giuseppe Galluzzi e composta da Pasquale Del Giudice; Giuseppe Salvioli; Giovanni Tamassia e Francesco Scaduto, come relatore[25].

Vi partecipò anche, a ventitré anni d'età e appena due anni dopo la laurea, Domenico Schiappoli, che conseguì proprio nell'Università di Genova una idoneità[26].

---

[22] Cfr., G. B. VARNIER, *Mattia Moresco (1877-1946) ecclesiasticista dimenticato e rettore dell'Università di Genova: tra sapere e potere accademico,* in *Sapere accademico e pratica legale fra Antico Regime ed unificazione nazionale*, a cura di V. PIERGIOVANNI, Genova, Accademia Ligure di Scienze e Lettere, 2009, pp. 53-84

[23] G. CATALANO, *La problematica del diritto ecclesiastico ai tempi di Francesco Scaduto e ai nostri giorni*, cit., p.25.

[24] Cfr., *Ministero della Istruzione Pubblica. Divisione per l'Istruzione Superiore al Sig. Rettore R. Università di Genova,* Roma, 23 novembre 1893, in *Archivio dell'Università degli Studi di Genova,* fascicolo personale di: *Francesco Ruffini*

[25] Cfr. *Relazione della Commissione esaminatrice del concorso alla cattedra di prof. straordinario di Diritto canonico nella R. Università di Genova*, in "Bollettino Ufficiale del Ministero dell'Istruzione Pubblica", 1 febbraio 1894, a.XXI, vol. I, n.5, pp.131-132.

[26] Cfr., G. B. VARNIER, *Un giurista nell'ombra. Domenico Schiappoli (1870-1945):tra separatismo e sistema concordatario*, in *Rileggere i Maestri. 2,* a cura di M. TEDESCHI-A. MAZZACANE, Cosenza, Luigi Pellegrini Editore, 2012, pp.149-174.

Faccio questo riferimento per ricordare quanto fu poi espresso nella prolusione napoletana del 25 novembre 1895 da uno Schiappoli giovane libero docente, in quanto tale prolusione ebbe la risposta proprio da Ruffini[27].

Quest'ultimo affrontò diversi tra i punti esposti dallo studioso napoletano, tra cui quello del nome con cui qualificare il nuovo insegnamento e del rapporto tra storia e dommatica giuridica.

Circa la prima questione il Ruffini osservò che: "Trattandosi di materia, che è intesa in modo fondamentalmente vario nei diversi paesi, e che da noi fu solamente in questi ultimi anni restaurata, è ben naturale, ed anzi è molto opportuno, che chi imprende ad occuparsene di proposito dica chiaramente il suo sentire e il suo modo di concepire la intiera disciplina nella sua duplice funzione dottrinale e didattica"[28].

Quanto invece all'impegno per ricercare le origini e le vicende storiche di un istituto, la replica fu la seguente: "Ma io credo che lo Schiappoli si sia lasciato sovverchiamente influenzare nel suo giudizio su questo punto da una circostanza di fatto troppo peculiare al nostro paese e di carattere troppo transitorio, perché se ne dovesse far tanto caso. Egli si preoccupò cioè essenzialmente del come uno storico del diritto possa trattare od insegnare il diritto ecclesiastico, e del pericolo che questa disciplina possa, com'egli dice, venire considerata unicamente come una fedele ancella della storia del diritto"[29].

Ad inizio dell'anno accademico, con una lettera del 2 dicembre 1893 da Torino, corso Oporto 38, il nuovo docente indica al rettore di Genova l'intenzione di iniziare quanto prima il suo corso e annuncia una prolusione dal titolo: *Lo Stato e i Culti acattolici in Italia*[30].

---

[27] F. Ruffini, *L'indirizzo odierno del diritto ecclesiastico in Italia,* in "Il Filangeri", 1896 (XXI), pp.431-437; poi riprodotto in Id., *Scritti giuridici minori scelti e ordinati da* M. Falco - A.C. Jemolo - E. Ruffini, vol. I, *Scritti di diritto ecclesiastico,* cit., pp. 49-57.

[28] Id., *L'indirizzo odierno del diritto ecclesiastico in Italia,* in *Scritti giuridici minori …,* cit., p. 49.

[29] Id., p. 51.

[30] "All'Illustrissimo Signor Rettore della R. Università di Genova.
Ebbi ieri comunicazione del decreto ministeriale, con cu mi si nomina dal primo di dicembre professore straordinario di diritto ecclesiastico presso cotesta Università, dalla S.V. Ill.ma così degnamente retta.
Io conto di incominciare il mio corso al più presto possibile, e cioè subito dopo il giorno dieci del corrente mese, e di leggere, iniziando le mie lezioni, una prolusione del titolo: Lo Stato e i Culti acattolici in Italia. mi permetto quindi di pregare la S. V. Ill.ma, che, se pure non erro, presiede anche alla Facoltà giuridica, di voler prendere quelle disposizioni, che crederà necessarie al proposito.
Mi compiaccio nel pensiero di poter quanto prima presentare personalmente alla S. V. Ill.ma, i miei ossequi intanto però la prego di voler gradire i miei ringraziamenti e l'assicurazione della mia più profonda devozione.
Della S. V. Ill.ma dev.mo Prof. Francesco Ruffini.

Sempre dagli Annuari possiamo ricavare che Francesco Ruffini – che per tutti il periodo del suo servizio a Genova abitò in Salita Multedo, 11 – fece lezione il lunedì, mercoledì, venerdì alle ore 8.

L'insegnamento era collocato al primo anno e gli studenti, relativamente all'anno 93-94, su 79 iscritti all'esame, 1 fu approvato con pieni voti assoluti e lode; 11 con pieni voti assoluti, 19 con pieni voti legali, 63 con semplice approvazione e 5 furono i respinti.

Durante la permanenza a Genova al Ruffini fu affidata la commemorazione di Ferdinando Bianchi[31], morto improvvisamente a 42 anni di età il 20 agosto 1896; docente di Diritto civile nelle Università di Macerata, di Siena e di Genova: "d'onde poco prima che morisse Bologna lo chiamava con voti unanimi"[32].

6. *Un inatteso commiato*

Se il rettore Antonio Ponsiglioni, inaugurando l'anno accademico 1893-94, poté salutare il nuovo arrivato in questi termini: "Così, per restringermi al più recente esempio, che riguarda la Facoltà alla quale mi onoro di appartenere, viene in quest'anno fra noi, per virtù di superato concorso, a insegnare *Diritto Canonico* un egregio professore dell'Ateneo di Pavia"[33]. Altro rettore, questa volta di nome Giacinto Morera, annunciò per l'anno accademico 1899-1900 il trasferimento del Ruffini, con parole che suonano come un rimprovero neppure troppo velato: "La nostra Facoltà giuridica sarà in avvenire privata dell'opera di un valoroso insegnante. Il professore ordinario Francesco Ruffini, docente di Diritto canonico nel nostro Ateneo, cedendo a sollecitazioni, certo per lui molto lusinghiere, rivoltegli dalla Facoltà giuridica di Torino, ha testé accettato di essere colà trasferito per professarvi la Storia del Diritto italiano.

Pur troppo non è né antico né infrequente lo sgradito esempio di Colleghi valentissimi, che attratti altrove hanno lasciato la nostra Università!"[34].

Torino, Corso Oporto, 38.
2-XII- 93" (*Archivio dell'Università degli Studi di Genova,* fascicolo personale di: *Francesco Ruffini*).

[31] Cfr., *Annuario della Regia Università degli Studi di Genova. Anno scolastico 1896-97,* Genova, Pietro Martini, 1897, pp. 149-154

[32] Id.

[33] *Annuario della Regia Università degli Studi di Genova. Anno scolastico 1896-97,* Genova, Pietro Martini, 1897, p. 8.

[34] *Annuario della Regia Università degli Studi di Genova. Anno scolastico 1899-1900,* Genova, Pietro Martini, 1900, pp. 32-33.

In effetti il trasferimento non poteva essere previsto e se ne determinarono le condizione proprio nell'estate di fine secolo[35].

Tuttavia, se ci furono malintesi essi vennero presto superati, perché il Ruffini il 29 settembre 1900 fu aggregato d'ufficio per acclamazione alla Facoltà giuridica genovese[36]. E poi, come sappiamo l'avvocato Francesco Ruffini, professore ordinario nell'Università di Torino dedicò alla Facoltà Giuridica Genovese in ricordo nell'insegnamento tra il 1893 e il 1899 il volume *La libertà religiosa.* Vol. I, *Storia dell'idea*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1901. Un'opera senz'altro pensata e in parte scritta negli anni genovesi, come si ricava dai seguenti elementi.

Nella *Prefazione* dell'opera, datata Torino, maggio 1900 leggiamo tra i ringraziamenti dell'autore: "Debbo essere poi particolarmente grato …all'egregio dott. Axel Conradi, console generale di Svezia e Norvegia in Genova, che mi assisté nella lettura dei libri scritti nelle diverse lingue nordiche"[37]. E ancora, sempre a questo proposito, dall'Annuario del 1897-98 p. 94 troviamo questa curiosa pubblicazione di Ruffini: "La libertà religiosa. Svolgimento storico della sua letteratura. Volume in corso di stampa presso la casa Bocca di Torino: già stampati fogli 7"[38].

7. Un necrologio anonimo

Sul legame tra Moresco, rettore fascista dell'Ateneo genovese, e il Ruffini si è molto discusso; ad esempio il Moresco rivendicò sempre di essere il più

---

[35] "Ministero della Istruzione Pubblica. Direzione Generale per l'istruzione superiore e per le biblioteche. Divisione personale
Roma, 7 agosto 1899
Al Sig. Rettore della R. Università di Genova.
La Facoltà giuridica dell'Università di Torino, per provvedere alla cattedra di Storia del diritto italiano, rimasta testé vacante, ha proposto unanime che sia ad essa trasferito col grado di Ordinario il prof. Francesco Ruffini, Ordinario di Diritto canonico presso cotesto Ateneo . Io ho determinato di accogliere tale proposta e mi riservo di provvedere al trasferimento prima che abbia principio il nuovo anno scolastico, quando si dovrà procedere alle nomine e conferme del personale insegnante straordinario.
Ne do pertanto notizia alla S.V. pregandolo di informare cotesta Facoltà di Giurisprudenza, nonché l'interessato prof. Ruffini, per opportuna loro norma.
Il Ministro" (*Archivio dell'Università degli Studi di Genova,* fascicolo personale di *Francesco Ruffini).*

[36] *Archivio dell'Università degli Studi di Genova,* fascicolo personale di *Francesco Ruffini.*

[37] F. Ruffini, *La libertà religiosa.* Vol. I, *Storia dell'idea*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1901, p. IX.

[38] Cfr., *Annuario della Regia Università degli Studi di Genova. Anno scolastico 1897-98,* Genova, Pietro Martini, 1898, p.94.

anziano degli allievi del Ruffini, anche dopo la morte di quest'ultimo[39].

Ma in proposito c'è da considerare un ulteriore elemento. Si tratta di un lungo e accurato necrologio anonimo dal titolo: *Un lutto della cultura italiana. Francesco Ruffini,* che apparve il 30 marzo 1934 su il *Lavoro*, un quotidiano di Genova di antica tradizione socialista, che per tutto il ventennio cercò di sopravvivere allineandosi il meno possibile alle direttive di regime[40].

L'articolo – che mi è stato segnalato dall'amico e collega Gian Savino Pene Vidari che qui ringrazio – per qualche passaggio contenuto nel testo, è con grande probabilità un intervento che si può attribuire a Mattia Moresco, in quegli anni rettore dell'Università e dal 1933 senatore del Regno[41].

"Francesco Ruffini è stato un grande professore, uno studioso intelligentissimo, operoso, acuto e di vasta cultura, un uomo politico di vita pura e di fermo carattere.

Grande professore non tanto per i progressi che ha fatto fare al ramo di scienza giuridica in cui s'era specializzato, quanto perché aveva in grado eccezionale la virtù di "fare discepoli" che è il contrassegno di chi esercita il magistero dell'insegnamento con profondo senso del dovere e con alto amore della scienza e della gioventù. Non si contentava di dettar lezioni dalla cattedra, ma negli studenti sapeva destare la passione dello studio e li indirizzava con pazienza alle indagini della dottrina. Viveva volentieri tra essi, metteva a loro disposizione la ricca biblioteca della sua casa, li agevolava nell'arduo cammino.

Chi è stato discepolo di Francesco Ruffini ha attinto dalla comunione intellettuale e morale con lui un viatico di serietà colturale per tutta la vita".

"Liberale era il Ruffini fin nelle intime fibre, patriota ardente e di larghe vedute. Fu interventista aperto e schietto, e, Ministro dell'Istruzione durante la guerra diede opera indefessa a spronare la gioventù all'adempimento del dovere verso la Patria".

"Rispettoso di tutte le opinioni, comprendendo dall'elevato punto di vista di chi ben conosce le vie per cui la storia si muove anche le idee e gli indirizzi diversi dal suo, si mantenne, pur quando si ritirò dalla vita pubblica, e con sacrificio, fedele al proprio ideale".

"Quanti, al di sopra delle opinioni, si inchinano alla rettitudine, all'inge-

---

[39] Cfr., M. Moresco, *Francesco Ruffini,* in *Studi in onore di Francesco Scaduto*, vol. II, Firenze, Carlo Cya, 1936, pp. 185-194.

[40] Cfr., *"Il Lavoro" di Genova. Storia e testimonianze,* a cura di M. Milan - L. Rolandi, Genova, Provincia di Genova, 2012.

[41] Cfr. G. B. Varnier, *Mattia Moresco (1877-1946) ecclesiasticista dimenticato e rettore dell'Università di Genova: tra sapere e potere accademico,* cit., pp. 53-84.

gno, alla coltura, all'amore della Patria, al carattere, mandano alla sua memoria un commosso saluto ed esprimono alla famiglia, ch'egli adorava, le più sentite condoglianze"[42].

Poco più tardi Cesare Magni – scrivendo nel 1939 – sembra indietreggiare nel parlare del Ruffini: "la figura di questo studioso raggiunse tale notorietà anche fuori della cerchia dei nostri studi e la sua opera si svolse a tanti e così disparati campi (dal giuridico al letterario, dallo scientifico al politico, dalla storia pura alla storia del diritto, dal diritto pubblico al privato) che non sarebbe possibile darne una completa e fedele idea in una semplice nota informativa come l'attuale"[43].

Una valutazione assai rispettosa quella del Magni, ma che con il trascorrere del tempo ci incoraggia nel perseguire in questa linea di approfondimento. Un traguardo, tuttavia, che è ancora lontano, se dobbiamo aderire al pensiero espresso da Francesco Margiotta Broglio, secondo il quale: "è solo possibile avvicinarsi ad alcuni aspetti del suo pensiero [di Ruffini] che, ricomposti ed integrati in un generale quadro dei tratti fondamentali di esso, siano utili nella prospettiva di un'auspicabile, organica ricerca, individuando, successivamente, alcuni riferimenti <epocali> che consentano di storicizzare l'immagine del Ruffini"[44].

---

[42] *Un lutto della cultura italiana. Francesco Ruffini*, in *Il Lavoro*, Genova, 30 marzo 1934, p.2.

[43] C. Magni, *Il contributo italiano agli studi nel campo del diritto canonico ed ecclesiastico, negli ultimi cento anni*, in *Un secolo di progresso scientifico italiano:1839-1939,*Roma, Società Italiana per il Progresso delle Scienze, 1939, p. 365.

[44] F. Margiotta Broglio, *La passione civile di Francesco Ruffini,* in Id., *Religione, diritto e cultura politica nell'Italia del Novecento,* Bologna, Il Mulino, 2011, p.28.

Il consolidamento del regime confessionale separatista e dialogante in Croazia: conferme dell'emancipazione del «fattore religioso» dai portati etno-nazionalisti

Fabio Vecchi

1. *Introduzione**

Una diffusa ma non univoca opinione ritiene che, in Croazia, tra elemento religioso e pulsioni etniche nazionaliste non sussistano rapporti di causalità. A mio modo di vedere, tuttavia, quella etno-religiosa rimane una «questione aperta», perché tra i due menzionati fattori non esistono demarcazioni tali da escludere sovrapposizioni ed incontrollabili sconfinamenti. D'altra parte è nella ricchezza di sfumature e di posizioni mediane, proprie della dimensione confessionale, che opera l'incessante azione di nessi finalistici. Nella sua valenza sociale, la religione entra a pieno titolo tra gli elementi componenti l'identità culturale del gruppo nazionale[1], con la peculiarità di sovrintenderli e di agire, di volta in volta, come fattore dinamico

* Rivolgo un ringraziamento a S.E. l'Ambasciatore della Repubblica di Croazia presso la Santa Sede, Filip Vučak, per il fattivo confronto di idee e gli aggiornamenti di cui mi sono avvalso per la stesura di queste pagine.

[1] Non vi sono dubbi che l'originaria fusione tra etnie e religione (cattolica) abbia reso quest'ultima, in Croazia, un fondamentale fattore dell'identità nazionale. Cfr. Franjo Zenko, *Experiences with and perspectives of International bilateral relations between the Holy See and the Republic of Croatia* in Aa.Vv., *International bilateral legal relations between the Holy See and States: experiences with and perspectives (12-13 december 2001)* LEV, CdV, 2003, pp. 124 ss. Vjekoslav Perica, *Balkan Idols. Religion and nationalism in Yugoslavia States*, Oxford University Press, 2002, p. 10. Il fattore economico andrebbe ascritto tra gli elementi mediani destinati a fare da raccordo con i portati etno-nazionalisti. La riforma economica degli anni '60 avrebbe assunto, così, profili di natura etnica. Cfr. Joseph Krulic, *Histoire de la Yugoslavie de 1945 à nos jours*, ed. Complexe, Bruxelles, 1993, p. 117; Sabrina P. Ramet, *The Catholic Church,* in *Balkan Babel: the disgregation of Yugoslavia from the death of Tito to ethnic war*, Westview Press, Boulder, 1996, pp. 135-167; Walker Connor, *Etnonazionalismo. Quando e perché emergono le nazioni*, Dedalo, Bari, 1995; Ludwig Steindorff, *Croazia. Storia nazionale e vocazione europea*, Beit ed., Trieste, 2008; Ivo Goldstein, *Croatia. A history*, Hurst & Company, London, 1999.

di ammorbidimento o, al contrario, di radicalizzazione di uno stato di crisi[2].

Tutto ciò, nel quadro di una mescolanza di variabili culturali, temporali e geografiche, resa più impalpabile nell'area dei Balcani occidentali, da irrigidimenti formali imposti *ab extra* e dallo spontaneo mutare geo-politico delle stanzialità umane[3]. Quanto mai opportuno appare, allora, individuare il ruolo propositivo delle leggi, specialmente quelle sulla libertà religiosa, in grado di prevenire gli effetti di pericolose fusioni e di scoperchiare le «mimesi» formali in cui si materializza la questione etnica[4].

A confortare la tesi della funzione equilibratrice delle leggi sta lo sviluppo normativo notevolissimo del «nuovo corso» del diritto croato che, dopo il lungo letargo ideologico, nel ventennale arco successivo alla dichiarazione di indipendenza dello Stato slavo-danubiano, si propone – con risultati peraltro ragguardevoli – di permeare l'antropologia fideistica e di governarne gli orientamenti smorzandone le strumentalizzazioni e le derive estremiste[5]. Non casualmente la Croazia è tra i pochi Stati dei Balcani occidentali a possedere un ordinamento confessionale formalmente completo ed equilibrato, sviluppato su tutti i livelli del diritto positivo: costituzionale, legislativo ordinario e per negoziati bi o plurilaterali[6].

---

[2] Cfr. Massimo Leone, «*Conflitti religiosi*», in *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione. Dizionario I* (a cura di M. Flores), UTET, Torino, 2007, p. 165.

[3] Se in Slovenia, ad esempio, la questione religiosa non diede luogo a particolari turbolenze, in Croazia il limite tra fattore religioso e identitario fu notevole. Inoltre, tali fattori hanno assunto maggiori demarcazioni a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, cosicché «lungo le nazioni jugoslave la religione è diventata una parte vitale del risorgente nazionalismo». Cfr. Radmila Radić, *Religion in a multinational State: the case of Yugoslavia*, in *Yugoslavism. Histories of a failed idea 1918-1992* (a cura di Dejan Djokic), Hurst & Company, London, 2003, pp. 206-207; Anna Jellamo, *Il nazionalismo tra la politica e la guerra*, in Silvio Gambino (a cura), *Europa e Balcani: Stati, culture, nazioni*, CEDAM, Padova, 2001; Rita Tolomeo, *La S.Sede e il mondo danubiano-balcanico: problemi nazionali e religiosi. 1875-1921*, Roma, La Fenice, 1996.

[4] Alessandro Torre, *I governi locali nella grande transizione costituzionale balcanica*, in Aa.Vv., *I Balcani occidentali. Le costituzioni della transizione*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 50. La caratterizzazione della valenza etnica è un portato costante nello spettro dei Balcani occidentali, nell'avvicendarsi delle forme di Stato e di governo. La proclamazione di indipendenza per via referendaria avvenuta in Croazia, Slovenia, Macedonia e Bosnia Erzegovina ha dato risalto alla dominanza del fattore etnico, quale giustificazione della secessione dal federalismo e dai suoi principi di nazione-comunità di popoli. Il primato dell'elemento etnico qualificante il gruppo dà adito a conflitti rimediabili solo attraverso una politica legislativa illuminata e pluralista. Giuseppe de Vergottini, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 191; Rodolfo Sacco, *L'est europeo e il modello epocale socialista* in A. Gambaro - R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Vol. II del *Trattato di diritto comparato* (diretto da R. Sacco), UTET, Torino, 1996, pp. 411-460.

[5] Kosta Stoyanovic, *Le régime socialiste yougoslave*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1961; Tihomir Cipek, *The Croats and Yugoslavism*, in *Yugoslavism* cit., pp. 71 ss.

[6] Cfr. Giovanni Barberini, *Religious freedom in the process of democratization of central and eastern*

Queste tendenze proprie di un ordinamento moderno laico e liberale non sembrano neppure contraddire la sopravvivenza di uno Stato di stampo «etno-nazionale» in cui il ruolo della religione e delle Chiese è funzionale al consolidamento della nazione e la questione delle minoranze è tenuta costantemente sotto controllo attraverso l'impiego di strumenti legali che ne assicurino il riconoscimento e ne tutelino i diritti fondamentali[7].

Ma se nella legge risuona la voce dello Stato, il suo libero vibrare ha dovuto soggiacere ad una lunga attesa. È stato opportunamente osservato come nel corso del Novecento la Croazia sia stata obbligata ad accettare supinamente una politica ecclesiastica decisa da altri[8]. Oggi, nell'età «post-transitoria» l'ordinamento giuridico del Paese sembra aver confermato la sua vocazione europea, recuperando una storia antica ma ereditando, nel contempo, le medesime incertezze ed esigenze di aggiornamento che attraversano, nel «Vecchio continente», la tenuta etica dei precetti di fede[9].

Il trascorso ventennio indica, comunque, il compiersi di una transizione dolce ed integrale[10]. Strategico, l'*idem sentire* dell'impegno della Chiesa cat-

---

European States, in *Law and religion in post-communist Europa* (W. Cole Durham, E. A. Sewell, S. Ferrari, a cura) Peeters, Leuven-Paris-Dudley, 2003, p. 12.

7 Pier Paolo Portinaro, *Stato*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 125. Vedi anche Silvio Gambino, *Transizioni costituzionali e forma di Stato. Alcune riflessioni a partire dall'esperienza jugoslava*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Giappichelli, Torino, 2005, p. 322. Stephane Pierre-Caps, *La Multination. L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, 1995; Susanna Mancini, *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, Giuffré, Milano, 1966.

8 Massimiliano Valente, *Le relazioni fra Stato e Chiesa in Croazia in una prospettiva storica*, in (a cura dell'Ambasciata della Repubblica di Croazia presso la S.Sede), *Santa Sede e Croazia. Venti anni di rapporti diplomatici (1992-2012). Raccolta degli interventi dei partecipanti alla Conferenza in occasione del 20° anniversario dei rapporti diplomatici tra le Parti. 29 ottobre 2012*, CdV, LEV, 2013, p. 58. Lo scritto è ora pubblicato in lingua croata con corredo di note (Massimiliano Valente, *Odnosi izmedu države i Crkva u Hrvalskoj kroz povijesnu perspektivu*, in *Sveta Stolica i Republika Hrvatska. Dvadeset godina diplomatskih odnosa (1992-2012)*, Ministarstvo vanjskih i europskih poslova Republike Hrvatske, LEV-Alfa, Zagabria, 2014, pp. 60-65).

9 Sullo sfasamento tra fede dei credenti e posizioni etiche della Chiesa cfr. Sabrina P. Ramet-Davorka Matić, *Democratic transition in Croatia: value transformation, education, media*, College Station, Texas, A&M University Press, 2007, p. 11.

10 Cfr. i seguenti numeri de *Il Regno. Attualità*, EDB Bologna: 1991/21, p. 649 Giovanni Paolo II, *Arrestate la guerra in Croazia*, (*Lettera ai Vescovi croati*, pp. 649-650; *Al patriarca Pavle*, pp. 650-651); *La Croazia indipendente*, 1992/5, pp. 146-148 (*Comunicato della Santa Sede*, p. 146; *Messaggio dei vescovi della Repubblica di Croazia*, pp. 147-148); Pontificio Consiglio Giustizia e Pace, *Davanti all'agonia*, 1994/3, pp. 74-76. Sempre sulla Croazia: Gianfranco Brunelli, *La seconda transizione*, 1997/16, p. 492; 1998/19, pp. 618-621; Id., *Dopo il nazionalismo e l'autocrazia*, 2000/2, p. 20.
Sulle relazioni tra Croazia e Bosnia-Erzegovina: Giovanni Paolo II, *Discorso di Giovanni Paolo II all'udienza generale*, 1994/3, p. 76; Tonci Ante Kuzmanic, *Guerra e religione in Iugoslavia*,1994/3, p. 124; Id., *Dichiarazione di Pécs*, 1994/3, p. 127; Giovanni Paolo II, *Per Sarajevo a Zagabria*,1994/17, pp. 513 e 515; Conferenze Episcopali di Croazia e Bosnia, *Nazione croata tra guerra e perdono*,

tolica[11] e delle altre maggiori comunità confessionali per la costruzione della pace in Croazia, specialmente circa la questione etnica, la diaspora serba e le ombre di un etnofiletismo serpeggiante. I conflitti etno-nazionali balcanici hanno infatti ricondotto l'intervento della religione entro un alveo minore, *tertium in causa*, volta per volta strumentalmente evocato in funzione di capro espiatorio o di alibi alla perpetrazione di efferati crimini umanitari, in ogni caso, sempre come anello debole di una identità simbolica facilmente aggredibile, ed in subordine ad altre finalità «*in odium nationis*, non *in odium fidei*»[12].

2. *La speciale cura del legislatore croato per il fattore confessionale in sé considerato ed in relazione alla tutela delle minoranze nazionali*

La storia politica ecclesiastica balcanica del Novecento ci consegna un quadro di relazioni compromissorie orientate al congelamento dello *status quo* e al criterio del rinvio al diritto confessionale[13]. All'insegna di un saggio pragmatismo, si trattava di scongiurare le collisioni interreligiose scaturenti da una società composita, e non favorevole all'unità delle «stirpi» slave[14].

1995/15 (1. *Lettera della Conferenza Episcopale della Croazia*, p. 508-510; 2. *Lettera della Conferenza Episcopale della Bosnia-Erzegovina,* pp. 508-510 e 511).
Sulla questione del nazionalismo: Gianfranco Brunelli, *Stati, etnie e nazionalismi*,1994/18, p. 579; Id., *Il seme avvelenato del nazionalismo etnico*, 1995/16, p. 454; Giovanni Paolo II, *Rimodellare le anime*, 1995/19, p. 590; (Bosnia-Erzegovina, Croazia, Fed. jugoslava), 1995/20, p. 600.

[11] Sulle molteplici dichiarazioni comuni di protesta contro le atrocità dovute all'odio etnico di cui i vescovi cattolici croati si fecero promotori durante i quattro anni di guerra, organizzando incontri con i rappresentanti delle confessioni, serbo-ortodossa, musulmana, ebraica ed evangelica, Sabrina P. Ramet, *L'Europa centro orientale tra religione e politica. Cattolici, ortodossi e nuovi ordini missionari dopo il 1989*, Longo ed., Ravenna, 2008, p. 105. Sui rapporti tra cattolici ed ortodossi, vedi Vjekoslav Perica, *Balkan Idols* cit., *passim*, spec. pp. 15-16 e 32-34.
Il filo diretto della Storia che lega la Croazia alla Santa Sede si origina dalla lettera inviata da Giovanni VIII (879) al Principe Branimir, con cui gli riconosceva il «*principatum terrenum*» sul territorio e si completa idealmente con le tre visite pastorali di Giovanni Paolo II in Croazia (10-11 settembre 1994; 2-4 settembre 1998; 5-9 giugno 2003). Cfr. Filip Vučak, *Venti anni di rapporti diplomatici tra la Croazia e la Santa Sede*, in *Santa Sede e Croazia* cit., p. 97 (e in *L'Osservatore Romano*, 15 febbraio 2012). Per il sentimento di popolo originario, che identifica la Croazia come «Stato nativo», cfr. John R. Lampe, *Yugoslavia as history. Twice there was a country*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 14-16.

[12] Massimiliano Valente, *Le relazioni* cit., p. 61. Il 17 maggio 1994 il card. Kuharić firmò una dichiarazione con il patriarca Pavle e il patriarca Aleksii di Mosca in cui si condannava la strumentalizzazione della religione per fomentare l'odio interetnico, Sabrina P. Ramet, *L'Europa centro orientale* cit., p. 106.

[13] Giannantonio Benacchio, *La circolazione dei modelli giuridici tra gli Slavi del sud (sloveni, croati e serbi)*, CEDAM, Padova, 1995, pp. 140-141.

[14] Eloquente, il fallimentare tentativo compiuto dalle *élites* politico-intellettuali serbe di imporre

Quanto la forza di trazione della diplomazia pontificia abbia sollecitato le nuove Repubbliche indipendenti a consolidare il principio di rispetto dei diritti umani e le garanzie sullo *status* delle minoranze nazionali, linguistiche o religiose, e quanto tali istanze siano profondamente correlate con la libertà religiosa, è condensato nella lungimirante ed inedita pastorale sui popoli slavi avviata da Giovanni Paolo II e inoculata nei frammenti più recettivi di quel tessuto sociale attraverso l'alacre attività della Segretaria di Stato vaticana[15]. All'indomani di una proclamazione di indipendenza letteralmente «strappata» alle reti di una Storia assai cruda, tempestività delle decisioni ed immediatezza delle intuizioni avrebbero evitato più laceranti sofferenze ai popoli slavi del sud[16].

Nel corso dell'ultima decade del Novecento la Croazia ha gettato le fon-

---

alle «stirpi» slave del sud una «mitologia nazionale desunta da quella serba». ROLF WÖRSDÖRFER, *Il confine orientale. Italia e Jugoslavia dal 1915 al 1955*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 13.

[15] Sull'*Ostpolitik* vaticana attuata da mons. Agostino Casaroli nei negoziati jugoslavi durante gli anni '60, cfr. PIETRO PASTORELLI, *La Santa Sede e l'Europa Centro-orientale nella seconda metà del Novecento*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2013, pp. 124 ss. Notevole, il *Memorandum* del 26 novembre 1991, consegnato dal Segretario di Stato, card. Angelo Sodano, agli ambasciatori degli Stati-membri CSCE, richiamante i principi dell'atto Finale di Helsinki, spec. VIII (eguaglianza dei diritti e autodeterminazione dei popoli); X (sull'adempimento in buona fede degli obblighi internazionali). Ancor più degna d'attenzione, la Nota del 20 dicembre 1991 con cui la Santa Sede, nel riconoscere le nuove entità statali indipendenti dei Balcani occidentali, inseriva una clausola in virtù della quale le nuove Repubbliche, anche la Croazia, si sottoponevano ai controlli degli osservatori-funzionari CSCE sull'effettiva applicazione delle norme di tutela delle minoranze nazionali. Cfr. JEAN-LOUIS TAURAN, *Il ruolo di Giovanni Paolo II nel riconoscimento internazionale della Croazia*, in *Santa Sede e Croazia* cit., pp. 35-36. Sull'azione della diplomazia internazionale, occorre ricordare i Piani Vance e Carrington: il Piano Carrington, esposto alla 4° sessione della Conferenza di Le Hague (4 ottobre 1992), contemplava l'indipendenza di Slovenia e Croazia e poneva la priorità dei diritti delle minoranze. ROBERT STALLAERTS, «*Carrington Plan*», in *Historical dictionary of Croatia*, The Scarecrow Press, Toronto 2010[3], p. 42. Sull'intricata ragnatela di conflitti che opposero cattolici croati a gruppi minoritari serbi, ebrei e musulmani, in un gioco di rivalse e reciproche espulsioni territoriali, JOHN R. LAMPE, *Yugoslavia* cit., pp. 66 e 209-212. Sottolinea la sistematica opposizione dei quadri politici del tempo ai piani di visita in Croazia e Slovenia di Giovanni Paolo II, SABRINA P. RAMET, *L'Europa centro orientale* cit., pp. 97-98. Cfr. anche LUDWIG STEINDORFF, *Croazia* cit., pp. 225 ss.

[16] Vi si riconnette anche il riconoscimento internazionale dell'indipendenza della Croazia da parte della Santa Sede. La questione è stata oggetto di dispute e di critiche verso la Chiesa cattolica per un indebito interventismo e parzialità. Andrebbe tuttavia ricordato che, contrariamente alle notizie circolanti, i primi a riconoscere il nuovo Stato indipendente furono la Slovenia, l'Irlanda, la Lituania e l'Islanda. Così, JEAN-LOUIS TAURAN, *Il ruolo di Giovanni Paolo II* cit., p. 36. Cfr. anche VJEKOSLAV PERICA, *Balkan Idols* cit., pp. 147 ss.
Ben diverse furono, invece, le circostanze di diritto internazionale (il difetto di uno *status pacis*) che si opposero all'aspirazione di Zagabria nell'ottenere l'eguale atto di riconoscimento all'indomani dell'estate del 1941: impedimenti verso i quali nulla poté fare l'intraprendenza di mons. Armando Lombardi. Cfr. MASSIMILIANO VALENTE, *Le relazioni* cit., p. 60. In generale, FRANCESCO TRANIELLO, *La Chiesa e i totalitarismi*, in AA.VV., *Storia del cristianesimo 1878-2005*, Vol.III, *La Chiesa e le dittature*, San Paolo, Milano, 2005, pp. V ss.; LISA FOA, *I regimi socialisti nell'Europa orientale*, in AA.VV., *La Storia. I grandi problemi dell'età contemporanea* (diretto da Nicola Tranfaglia e Massimo Firpo), Vol.V, *Problemi del mondo contemporaneo*, Garzanti, Milano, 1994, pp. 319 ss.

damenta del suo futuro democratico, riannodando i fili sparsi di raccordo. Il poderoso sforzo concentrico di riconciliazione ha visto la Chiesa cattolica e la Comunità Europea, da un lato, e Zagabria, dall'altro, come protagonisti di iniziative contestuali, in grado di sopravanzare gli accordi di pace che, a Dayton, in un clima di persistente incertezza, non assicuravano ancora dal rischio di derive autoritarie[17]. La cautela diplomatica consigliava alla Chiesa di non stringere sodalizi politici che potessero snaturare il contenuto autentico del messaggio di pace, compromettendone i risultati[18].

Il lento e graduale approssimarsi alla democrazia in Croazia prende le mosse, dunque, da documenti internazionali paradigmatici e declaratori tanto gravidi di enunciati, quanto sprovvisti di concrete misure attuativo-deterrenti. Quei monumenti formali sulla tutela delle libertà e sul rispetto delle minoranze nazionali hanno significato principalmente un impegno in capo alla classe politica di governo ma anche un chiaro segnale sul generale, inarrestabile e non uniforme processo di transizione dei sistemi giuridici in atto nell'area dei Balcani occidentali.

La Carta di Parigi per una nuova Europa (Parigi, 19-21 novembre 1990); il documento adottato alla Conferenza sulla dimensione umana (Copenaghen, 1990); il documento adottato dalla Conferenza di esperti governativi per la protezione delle minoranze (Ginevra, 1991); la Carta europea delle lingue regionali o minoritarie (Strasburgo, 5 novembre 1992); le cd. 24 Raccomandazioni di Lund, sull'effettiva partecipazione delle minoranze nazionali alla vita pubblica (Locarno, 18-20 ottobre 1998); il *Memorandum* di intesa tra Croazia, Italia e Slovenia sulla tutela delle minoranze italiane in Croazia e Slovenia (Roma, 15 gennaio 1992), sono alcuni dei più significativi segnali della decisa svolta europeista e democratica impressa dalla Croazia alla sua recente storia nazionale[19].

Parallelamente, tra il 1996 e 1998, la diplomazia apostolica pianificava un articolato apparato concordatario che assumeva a modello tipologico i patti italiano, spagnolo e polacco e attingeva alle radici cattoliche del popolo croato.

---

[17] Si ricordi che ancora nel 1995 la guerra civile non era stata scongiurata e che alla politica nazionalista autoritaria di Tudjman si devono i ritardi nell'attuazione di Dayton e la pervicace reviviscenza della cd. «pulizia etnica», volta ad ostacolare il ritorno in Croazia dei cittadini di etnia serba. Angelo Macchi, *La morte di Franjo Tudjman e la svolta politica in Croazia*, in *La Civiltà Cattolica*, 2000/1, pp. 405-406. Sull'odio razziale in Croazia, John R. Lampe, *Yugoslavia* cit., pp. 367 e 371.

[18] Durante la guida politica di Tudjman (1990-1999) tra governo e Chiesa si sviluppò una «intima simbiosi» il cui beneficio aveva come insidiosa contropartita l'edificazione del neocesaropapismo. Christopher Cviic, *Throne and Altar in Croatia*, in *The Tablet*, 19 luglio 1997, (www.thetablet.co.uk), p. 4.

[19] Me ne occupo più puntualmente in Fabio Vecchi, *Cento anni di questioni aperte sui «diritti identitari» delle minoranze nazionali nell'area istriana e giuliano-dalmata*, in *Diritto e Religioni*, Anno VIII, 2013, Vol.2, L.Pellegrini ed., Cosenza, pp. 291 ss., spec. pp. 337 ss.

Se il decennio di fine secolo ha fissato i cardini del cambiamento politico, i germogli della transizione hanno registrato le prime infiorescenze con il nuovo secolo. L'affermazione di una sensibilità pluralista e tollerante ha trovato convincente espressione nel riconoscimento di un quadro generale di tutele (artt. 12, 14 e 15 Cost.) e nella dilatazione inclusiva delle minoranze, tra i testi costituzionali del 1990 e del 2001[20]. Non c'è dubbio, inoltre, che sia le fonti concordatarie, che quelle del diritto comunitario abbiano favorito lo svolgimento dei parametri normativi di principio. Il precedente concordatario ha permesso – una volta che la legge sullo *status* giuridico e delle comunità religiose (2002) ha precisato i contorni della reciprocità tra confessioni e del pluralismo neutrale verso lo Stato – l'apertura alla disciplina negoziale con le comunità religiose acattoliche, avviata con l'Accordo con la Chiesa ortodossa croata e serba (2002).

Per altro verso, i menzionati documenti europei, al netto dell'enfasi retorica di circostanza, hanno demarcato chiaramente il perimetro di rispetto dei diritti soggettivi pubblici intangibili nel quadro della legislazione nazionale. La legge sull'educazione e istruzione nelle lingue e scritture delle minoranze nazionali (11 maggio 2000) e, ancora più incisivamente, la legge costituzionale sui diritti delle minoranze nazionali (13 dicembre 2002), di cui mi occuperò in seguito, stanno ad indicare questo tragitto.

Ciò che è degno di rilievo è l'aver colto il legislatore in questo innovativo apparato normativo, il nesso tra libertà religiosa, tutela delle minoranze e istanze democratiche: un'armonia di fattori tutt'altro che scontata per i recenti trascorsi regionali, ma che ha individuato una soluzione eccellente nel modello del primato amministrativo locale di *self-government*[21]. In certo modo, il «fattore religioso» ed i portati etno-nazionalisti sono stati imbrigliati dalla cogenza delle norme e, soprattutto, ne sono state valutate con realismo ed oggettività le evanescenti interconnessioni: quelle stesse che hanno scatenato il furore della «pulizia etnica» nell'intera regione dei Balcani occidentali, nel periodo noto come «seconda guerra fredda»[22].

---

[20] L'art. 15 Cost. «(1) Members of all nations and minorities have equal rights in the Republic of Croatia. (2) Members of all nations and minorities are guaranteed freedom to express their national identity, freedom to use their language and script, and cultural autonomy». A proposito delle minoranze, si confronti il Preambolo della due Costituzioni. Sul punto, FABIO VECCHI, *Cento anni* cit., p. 324. La revisione del testo dell'art. 15 nella Cost. 2001 indica l'intenzione provvidenziale del costituente a temperare l'unilateralismo etnico («la Croazia è lo Stato nazionale dei croati») allargando la base delle minoranze nazionali riconosciute. Cfr. GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Le transizioni* cit., p. 191.

[21] Il tema meriterebbe approfondimenti, specie circa il nesso tra gestione delle pregiudiziali minoritarie e adeguatezza dei poteri locali di interrelarsi con la multiforme composizione etnica della società civile. Sul punto, ALESSANDRO TORRE, *I governi locali* cit., p. 66.

[22] GUIDO FRANZINETTI, «*Conflitti etnici*», in *Diritti umani* cit., p. 161. La Chiesa cattolica croata e lo

Queste osservazioni trovano ulteriori riscontri nel recente Accordo di reciprocità tra Croazia e Montenegro per la protezione delle minoranze, stipulato il 14 gennaio 2009[23]. Il trattato soddisfa l'imperativo costituzionale dell'art. 10.1 che sollecita la Croazia a tutelare i propri cittadini residenti al di fuori dei confini nazionali[24]. È da rilevare che l'accordo non si limita a declamare il riconoscimento giuridico della conservazione dell'identità nazionale delle minoranze, offendo loro il «più alto livello di protezione giuridica» (Preambolo), ma introduce il principio dell'integrazione del gruppo nel Paese «ospitante» come condizione per migliorare le relazioni tra gli Stati[25]. Il riferimento esplicito al fattore religioso come bene giuridico da tutelare è rinvenibile in alcuni passaggi (artt. 1.1 e 2.5) e specialmente all'art. 8, secondo cui: «Le Parti si obbligano a rispettare i diritti delle minoranze ad esprimere liberamente la religione, di professare la fede o l'esercizio dei riti religiosi e la libertà dell'istruzione religiosa, come di creare istituzioni religiose, organizzazioni e associazioni»[26].

---

stesso cardinale Franjo Kuharić, arcivescovo di Zagabria tra 1969 e 1997, aveva più volte esortato Tudjman alla modrazione, prendendo le distanze dalla sua linea di intolleranza etnica e appoggiando l'arcivescovo di Sarajevo, Vinko Puljic, per la difesa della Bosnia. Cfr. Sabrina P. Ramet, *L'Europa centro orientale* cit., p. 103.

[23] «Accordo tra Repubblica di Croazia e di Montenegro per la protezione della minoranza croata in Montenegro e della minoranza montenegrina in Croazia». Un analogo trattato («Accordo tra Repubblica di Croazia e di Serbia-Montenegro per la protezione della minoranza croata in Serbia-Montenegro e per la protezione delle minoranze serba e montenegrina nella Repubblica di Croazia») è stato siglato tra Croazia e Serbia il 15 novembre 2004, ossia prima della secessione del Montenegro dalla Serbia. Si tratta di segnali di distensione nei rapporti internazionali le cui ricadute positive sugli assetti di stabilizzazione regionale sono state non sufficientemente considerate. Per le *enclaves* croate in Bosnia, vedi Vjekoslav Perica, *Balkan Idols* cit., pp. 171-172.

[24] Art. 10.1 Cost.: «La Repubblica di Croazia protegge i diritti e gli interessi dei suoi cittadini che risiedono o dimorano all'estero e ne promuove i legami con la loro terra d'origine». Il ceppo etnico croato nelle sue ramificazioni è diffuso in Serbia/Vojvodina ed Ungheria (Bunjevici e Šokci); in Croazia e Slovenia (Slavonci, Zagorci, Medumurci, Croati di Bosnia-Erzegovina, Gorani, Istriani); in Austria ed Ungheria (Gradiscani); in Montenegro (Dalmatinci, Kanovljani, Bokelji); in Kosovo (Janjevici). Robert Stallaerts, «*Gruppi etnici croati*», in *Historical dictionary* cit., p. 67.

[25] Le Parti, infatti, si impegnano ad individuare gli strumenti atti a «tutelare i diritti delle minoranze e contribuire alla stabilità politica e sociale del Paese in cui vivono, confermando che le minoranze sono parte integrante della società e dello Stato in cui vivono (e che contribuiscono) ad arricchirne la cultura materiale e spirituale».

[26] In sintesi, l'Accordo enuncia la seguente serie di punti di possibile cooperazione, con cui le Parti si impegnano, anche attraverso la predisposizione di un adeguato supporto finanziario (art. 13), alla tutela reciproca delle comunità nazionali minoritarie croata in Montenegro e montenegrina in Croazia al fine di garantire il diritto di esprimere, preservare e sviluppare la propria identità nazionale, culturale, linguistica e religiosa (art. 1) e il diritto di mantenere e sviluppare l'educazione, l'istruzione, i media e la realizzazione dei loro interessi particolari, anche attraverso il sostegno delle relazioni con la madre patria (art. 11.1) e delle relazioni di cooperazione transfrontaliera (art. 12). Inoltre, le Parti si impegnano a garantire, a condizioni di reciprocità, la libertà di scelta e di espressione di appartenenza ad una minoranza nazionale, il godimento di tutti i diritti in relazione a questa

Le attese nutrite sull'Accordo stipulato col Montenegro hanno trovato un'eloquente conferma nell'esigenza di una revisione – adottata nel rispetto delle prescritte procedure d'urgenza ex art. 139.1 Cost. – in occasione della ratifica intervenuta a pochi mesi di distanza dalla stipula, nel luglio 2009[27].

In tali circostanze, la Croazia ha sottolineato l'importanza del trattato, intervenendo a risolvere le riserve sull'insoddisfacente stato dei rapporti di cooperazione bilaterale, per il ravvisato divario tra la «limitata gamma di diritti minoritari» di cui dispone la comunità di minoranza croata in Montenegro, rispetto agli «elevati *standards* di protezione dei diritti delle minoranze» assicurati dalla Croazia alle minoranze allogene ivi residenti.

L'esigenza di affermare la garanzia di tutela dei membri della propria comunità all'estero si è sovrapposta alle direttive sollecitate dalla Comunità Europea, nella delicata fase di accreditamento del Paese ai criteri di ingresso come membro comunitario[28].

3. *Le Costituzioni del 1990 e 2001: dalla transizione al consolidamento istituzionale dei diritti di libertà e dei soggetti fruitori (associazioni)*

Uno degli aspetti più considerevoli del recente svolgimento del diritto croato è nell'aver consolidato radicali trasformazioni di sistema attraverso

---

scelta; il diritto al godimento della non discriminazione, come previsto negli strumenti internazionali; il diritto alla protezione da qualsiasi attività che metta o possa mettere in pericolo la loro sopravvivenza; il diritto di esprimere, sviluppare e pubblicamente esprimere la propria cultura (art. 3) e la conservazione e la tutela del patrimonio e delle tradizioni culturali; il diritto di preservare l'identità nazionale e la religione (art. 8); il diritto all'istruzione nella lingua (artt. 3.1, 3.2, 4.3 e 6) e nella scrittura (artt. 2.1-2.6) propri della minoranza nazionale, l'uso pubblico e privato della lingua anche negli spettacoli culturali (art. 5) e nei mezzi di informazione (artt. 7.1 e 7.2), nonché l'uso di segni e simboli (art. 2.1) delle minoranze nazionali; la tutela della parità di partecipazione agli affari pubblici (art. 9) e ai progetti di ricerca (art. 10), organizzazione e associazione, al fine di conseguire interessi comuni e godere della libertà politica ed economica. Una commissione mista intergovernativa, che si riunirà almeno una volta l'anno, controllerà l'attuazione dell'accordo (art. 14).

[27] La clausola V della legge di adozione del Trattato croato-montenegrino, infatti, afferma che: «Data la natura del processo di ratifica di trattati internazionali [e data la natura degli interessi in gioco nel trattato in oggetto], il governo ha formalmente espresso la sua volontà di considerarsi vincolato già al momento della firma del trattato internazionale. Tenuto conto del fatto che in questa fase del procedimento, di regola, non è possibile apportare modifiche o aggiunte al testo di un trattato, questo progetto di legge si propone di discutere e accettare la procedura d'urgenza che incorpora la prima e la seconda lettura».

[28] I progressi della Croazia verso l'adesione all'UE hanno trasmesso un messaggio positivo agli altri paesi dei Balcani occidentali circa le aspettative di ingresso, una volta soddisfatte le necessarie condizioni. Nel 2008 l'UE sollecitava la Croazia a compiere ulteriori progressi in termini di riforma giudiziaria e amministrativa, lotta alla corruzione, diritti delle minoranze, rientro dei profughi. Cfr. «*Balcani occidentali e Unione Europea*». *Dossier n. 3* (5 giugno 2008, a cura di L. Briasco), XVI legislatura. Senato della Repubblica, p. 35.

il metodo dei piccoli passi[29]. La transizione giuridico-costituzionale verso lo Stato di diritto si è compiuta all'insegna di un criterio prudenziale che, all'impatto frontale con l'apparato positivo precostituito, ha anteposto la gradualità della revisione dei principi. Si tratta di un processo riformista che, sebbene consacrato nell'ufficialità del diritto costituzionale federale jugoslavo, non poggiava sul minimo automatismo[30]. La sua «fase costituente» può tuttavia oggi ritenersi definitivamente superata per il giovane Stato slavo-danubiano che, analogamente alla Slovenia, risulta immunizzato da quello «stato di endemizzazione dell'incertezza» tuttora insistente, viceversa, sul resto del mondo balcanico[31]. Sul processo che li riguarda, infatti, la storia ha impresso un benefico condizionamento, giacché i trascorsi storico-culturali mitteleuropei di Croazia e Slovenia hanno esercitato una decisa azione di indirizzo circa la natura «etero-diretta» della riformulazione costituzionale[32]. Ciò non ha tuttavia ridotto il grado di complessità della transizione, segnalato visibilmente dalla divaricazione temporale tra le fasi di accomodamento delle forme giuridiche dei testi costituzionali che, per la Croazia, hanno registrato una gestione decennale tra primo e secondo testo (1990-2001), mentre l'armonizzazione tra principi costituzionali e leggi ordinarie applicative sembra ormai consolidata[33].

---

[29] Sergio Bartole - Pietro Grilli di Cortona, *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa Centro-orientale*, Torino, 1998; Laura Monatanari, Roberto Toniatti, Jens Woelk (a cura), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2010; Fulco Lanchester, *La forma di governo parlamentare nell'Europa centro-orientale: prime considerazioni*, in *Quaderni costituzionali*, 1996, pp. 271 ss.; Francesco Privitera, *La transizione continua. L'Europa centro orientale tra rinnovamento e conservazione (1984-1994)*, Longo, Ravenna, 1996; Giuseppe di Palma, *Le transizioni democratiche in Europa orientale: una prospettiva comparata*, in *Riv.It. Scienza Pol.*, Il Mulino, Bologna, 1990, II, p. 203.

[30] La Costituzione jugoslava del 1974 prevedeva, com'è noto, il cd. diritto all'autodeterminazione delle singole Repubbliche federate, anche se la concreta secessione restava un'ipotesi di scuola. Sul tema, ampie riflessioni in Silvio Gambino, *Transizioni costituzionali* cit., pp. 325 ss. e Giuseppe de Vergottini, *Le transizioni* cit., p. 180; Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali nei nuovi Stati dell'ex-Jugoslavia*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 116 ss.

[31] Giovanni Barberini, *Religious freedom* cit., p. 7; Paolo Biscaretti di Ruffia, *Il diverso significato e valore delle costituzioni contemporanee negli Stati socialisti e negli Stati di democrazia classica od occidentale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito. II* CEDAM, Padova, 1972, pp. 1048-1080; Alessandro Torre, *I governi locali* cit., p. 46.

[32] Maria Dicosola, *Stati, nazioni e minoranze. La ex Jugoslavia fra revival etnico e condizionalità europea*, Giuffré Milano, 2010.

[33] Non sembra potersi attribuire alla Carta fondamentale del 1990 la natura di Costituzione «provvisoria», dato che ben poche sono le modifiche formali intervenute sul testo del 2001. Questo dato segnala la maturazione politica del Costituente croato. Va tuttavia avvertito che, a fronte di soli tre emendamenti formali apposti alla Carta del 1990, *in facto*, sono numerosissime le innovazioni introdotte per legge ordinaria. Vedi Ivan Padjen, *Church and State in Croatia*, in *Law and religion in post-communist Europa* cit., p. 60. Sulle difficoltà di convergenza tra Costituzione formale e sostan-

In Croazia tale processo di rinnovamento dell'ordinamento giuridico è stato impostato, ancora lungo gli anni '90, sull'integrazione del *ius vetus* socialista, e sull'eventuale sua applicazione sussidiaria in caso di vuoto normativo[34], nei limiti di non contraddizione con i nuovi principi liberali abbracciati dai Padri costituenti del 1990. Un principio di tolleranza giuridica che trova un'esplicita espressione nell'orientamento espresso dall'art. 9/a della legge costituzionale del 21 febbraio 1991[35].

La riforma «gentile» è stata accompagnata da un ulteriore criterio con cui il legislatore croato ha inteso attribuire *per saltum* all'opera di revisione istituzionale i caratteri di una transizione in continuità: la Legge (1991) sull'applicazione della legislazione adottata prima del 6 aprile 1941, sulla reviviscenza giuridica dell'intero *corpus iuris* nazionale pre-socialista[36]. La tensione al consolidamento delle libertà, la volontà di equilibrare la libertà religiosa attraverso la compressione delle fiammate etno-nazionaliste e l'introduzione di valvole di espansione del principio di identità nazionale, appare con tutta evidenza[37].

In tal senso va letta la rielaborazione dell'art. 15 (Cost. 1990) in relazione agli artt. 15.2 e 15.3 (Cost. 2001) sulle minoranze e sul principio di identità nazionale; alla formula più estensiva che vede l'eguaglianza nazionale tra i valori dello Stato (art. 3 Cost. 1990 e 2001); alla centralità assegnata alla lingua ufficiale croata (art. 12)[38]. Analoghe osservazioni valgono per il sistema

---

ziale nei Paesi ex-socialisti dell'Europa orientale, cfr. Giuseppe De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 2011[8], p. 203.

[34] Nikola Gavella, *I diritti civili in Croazia e nel continente* (*Gradjansko pravo u Hrvatskoj i kontinentalno)*, in *Atti della Facoltà di Giurisprudenza di Zagabria*, Zagabria, 1993, p. 366.

[35] Giannantonio Benacchio, *La circolazione* cit., p. 270. Analogamente alla quasi totalità degli Stati ex-socialisti, la Croazia enumera quali principi costituzionali, il pluralismo politico, il libero mercato, lo Stato di diritto, il controllo di costituzionalità, il rapporto delegato di poteri tra organi del centro e periferia. Cfr. Giuseppe de Vergottini, *Le transizioni* cit., p. 183. Roland Minnerath, *L'*Église *catholique face aux* États. *Deux siècles de pratique concordataire, 1801-2010*, Cerf, Paris, 2012, p. 102.

[36] «*Zakon o nacinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6 travnja 1941*». Se si vuole, legge di valore eguale e contrario a quella che prescriveva l'invalidità delle fonti giuridiche prodotte prima del 6 aprile 1941 e durante l'occupazione tedesca (in FNRJ, n. 86 del 25 ottobre 1946). Giannantonio Benacchio, *La circolazione* cit., pp. 165 e 276, n. 58.

[37] Un'attenta lettura del sistema costituzionale in Croazia e sui principi fondamentali della nuova Costituzione è in Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali* cit., pp. 91 ss.

[38] Un sintomo della tendenza a consolidare l'idea di nazione nell'accezione di comunità etno-linguistica (nazione-*etnos*) a discapito della comunità unita da valori comuni (nazione-*demos*) è nella «esasperata valorizzazione» dei segni distintivi (lingua, alfabeto) che accomuna la Cost. croata alla Cost. di Macedonia 1991, art. 7. Sul realistico rischio di marginalizzazione dei gruppi minoritari per lingua, cultura o religione, cfr. Giuseppe de Vergottini, *Le transizioni* cit., p. 190. Sul ruolo identificativo della lingua nazionale in Kosovo e, per estensione, in Croazia, John R. Lampe, *Yugoslavia* cit., pp. 43-45.

di autogoverno locale ed il principio delle autonomie municipali (art. 128 Cost.1990 e art. 132 Cost.2001) specialmente per le novità introdotte nel 2001 relativamente alle «Unità» e «Corpi» (artt. 133.1 e 133.3-4), all'indipendenza (art. 134) e agli Statuti (art. 135)[39].

Nel complesso la nuova Carta fondamentale dello Stato balcanico-danubiano non sfugge, tuttavia, alla critica di essere appesantita da «un'ipertrofia garantista»[40]. Cosicché si darebbe luogo – è il caso del principio di separatismo (ex art. 41 Cost.) a fronte della stipula di accordi concordatari – ad un conflitto tra diritti e garanzie che limiterebbe la libertà del legislatore e del Governo[41]. Più incisivamente degli altri quel legislatore ha avviato, tuttavia, una diffusa riforma volta a prevenire il rischio di nuove contrapposizioni etno-nazionali.

La Croazia, analogamente alle altre Repubbliche ex-jugoslave si è dovuta misurare con il riassetto di una società fluida che ha imposto la riprogettazione dello Stato[42]: le comunità confessionali partecipano allo stesso tempo dell'attributo differenziale e sovrapponibile di appartenenza[43]. Non è casuale perciò che nella Carta fondamentale il termine «religione» appaia con notevole frequenza e sia spesso affiancato alla tutela dei diritti delle minoranze[44] e alla configurazione di un riconoscimento largo del diritto di libertà

---

[39] Sull'amministrazione centrale e le autonomie locali, si veda Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali* cit., pp. 121 ss.

[40] Giuseppe De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato* cit., p. 206.

[41] Sulla tesi, avanzata dal giudice della Corte Suprema di Croazia Vladimir Primorac, della violazione costituzionale dell'art. 41 a causa degli Accordi concordatari con la Chiesa cattolica e delle intese stipulate con la Conferenza Episcopale Croata, per contrasto materiale e formale con lo spirito della norma, cfr. Ivan Padjen, *Church and State* cit., pp. 62-64 n. 30 e 79. Che il *favor iuris ecclesiae* abbia goduto di un momento espansivo, trasmettendosi anche alle confessioni acattoliche – ed assumendo come modello giuridico di riferimento l'*AQE* 1998 – è attestato dalla politica di allargamento onnicomprensivo dei benefici economici statali. Così, Nikola Eterovic, *Accordi stipulati tra la Santa Sede e la Croazia nel 1996 e nel 1998*, in *Santa Sede e Croazia* cit., p. 72. Andrea Gianni, *Stato e Chiesa cattolica in Croazia: un caso di laicità dello Stato alla prova della storia*, CEDAM, Padova, 2000.

[42] Slobodan Milacic, *La réinvention de l'État: démocratie politique et ordre juridique en Europe centrale et orientale*, Bruylant, Bruxelles, 2003. Per un raffronto, Paolo Biscaretti di Ruffia, *La Jugoslavia nel quadro costituzionale degli Stati socialisti europei,* in *L'amministrazione locale in Europa, Vol. III, Repubblica Socialista Federativa di Jugoslavia,* Milano, 1969, pp. 6-10.

[43] Si parla di appartenenza confessionale (ebraismo, cattolicesimo, ortodossia, islamismo), etnica (serba, croata, albanese), nazionale (italiana, ungherese, tedesca).

[44] Cost. artt. 14 (Eguaglianza: «(1) Citizens of the Republic of Croatia enjoy all rights and freedoms regardless of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth, education, social status, or other characteristics. (2) All are equal before the law»); artt. 17.2 e 17.3 (Speciali restrizioni in stato di emergenza: «(2) The extent of such restrictions must be adequate to the nature of the danger, and may not result in the inequality of citizens in respect of race, color, sex, language, religion, national, or social origin. (3) Not even in the case of immediate danger to the existence of the state may restrictions be imposed on the application of the provisions

di riunione e di associazione[45].

L'aspirazione a rafforzare la democrazia pluralista, rappresentativa e diffusa fa sì che il riconoscimento dei diritti fondamentali, l'esercizio non compromissorio e libero da condizionamenti della giurisdizione (anche l'*Ombudsman*) ed il decentramento istituzionale della burocrazia siano tra loro intimamente collegati[46]. Quanto profonda sia la sovrapposizione tra libertà costitutiva ed organizzativa dei gruppi sociali – siano essi puramente istituzionali, o confessionali o etno-nazionali-, e l'esigenza primaria di garantire l'ordine democratico costituzionale e l'unità dello Stato inteso nella sua accezione classica, si evince dall'art. 43 Cost. dedicato alla libertà di associazione dei gruppi.

La più immediata ricaduta della norma è nell'art. 22.2 della Legge sullo *status* giuridico e delle comunità religiose (2002) che attribuisce alle autorità civili ampi poteri di controllo ed azione inibitoria sulle dinamiche costituenti il fenomeno associativo[47]. La norma costituzionale riassume i potenziali rischi contenuti nella vischiosa dimensione etno-religiosa della regione balcanica e sta a segnalare quanto il processo di consolidamento verso i modelli costituzionali liberal-democratici sia stato il risultato di una fase di prolungata transizione e dall'esito incerto[48].

---

of this Constitution concerning the right to life, prohibition of torture, cruel or unusual treatment or punishment, and on the legal definitions of penal offenses and punishments, and on freedom of thought, conscience and religion»); art. 39 (Intolleranza: «Any call for or incitement to war, or resort to violence, national, racial, or religious hatred, or any form of intolerance is prohibited and punishable»); art. 40 (Libertà religiosa: «Freedom of conscience and religion and free public profession of religion and other convictions are guaranteed»); art. 41 (Comunità confessionali; Principio di neutralità: «(1) All religious communities are equal before the law and separate from the State. (2) Religious communities shall be free, in conformity with law, to publicly perform religious services, open schools, teaching establishments or other institutions, social and charitable institutions and to manage them, and shall in their activity enjoy the protection and assistance of the State»); art. 47.2 (Obiezione di coscienza al servizio militare: «(2) Conscientious objection is allowed to all those who for religious or moral beliefs are not willing to participate in the performance of military duties in the armed forces. Such persons are obliged to perform other duties specified by law»). Vedi Fabio Vecchi, *Cento anni* cit., pp. 323 ss.

[45] Cost. art. 42 (Libertà di riunione: « All citizens are guaranteed the right to peaceful assembly and public protest») e art. 43 (Libertà di associazione: «(1) Citizens are guaranteed the right to free association for the purposes of protection of their interests or promotion of social, economic, political, national, cultural, and other convictions and objectives. For this purpose, citizens may freely form political parties, trade unions, and other associations, join them, or leave them. (2) The right to free association shall be restricted by the prohibition of any violent threat to the democratic constitutional order and the independence, unity, and territorial integrity of the Republic»).

[46] Fabio Vecchi, *Cento anni* cit., pp. 325 ss.

[47] Ivan Padjen, *Church and State in Croatia* cit., p. 65.

[48] Per transizione costituzionale si intende «il passaggio da ordinamenti monolitici a concezione autoritaria ad ordinamenti pluralisti e garantisti (…)» attraverso «un processo dinamico comportante

4. *La legislazione riformista «post-federativa» largamente ispirata al modello europeo: a) Leggi sulla proprietà; b) Leggi sul fatto organizzativo (fondazioni ed associazioni); c) Leggi sul fenomeno religioso; d) Leggi sui «servizi» sociali e scolastici; e) Leggi a tutela delle minoranze*

La robusta accelerazione impressa alle riforme istituzionali in Croazia e Slovenia nell'ultimo ventennio suggerisce di preferire, all'ormai perenta espressione descrittiva di età «post-socialista»[49], l'impiego di età «post-federativa» se non addirittura di «post-transitoria», per ricollocare temporalmente gli avvenimenti di politica legislativa: avvenimenti pienamente affrancati dal lascito istituzionale titino ma anche da un riformismo di prima battuta che guardava al passato per discostarsene, ed inquadrabili in un contesto politico legislativo totalmente nuovo[50]. La dichiarazione di indipendenza dalla RSFJ dei due Stati slavi danubiani (25 giugno 1991), tanto sostenuta dalla diplomazia pontificia, ha segnato il giro di boa. Il momento riformista e di «epurazione delle fonti giuridiche»[51] sbarazzandosi della trazione coesiva e permeante di Belgrado e delle motivazioni ideali del panserbismo degli Slavi del sud, ha favorito in Croazia il traghettamento verso una fase di più decisa attuazione degli istituti legali di stampo liberale europeo[52].

In altri termini, si è transitati da uno stadio di demolizione del modello autogestionario economico e statalista imposto dal centralismo belgradese, ad un'età di ricostruzione che non ha tardato a rianimare antiche e non casuali affinità verso la cultura giuridica – e *tout-court* umanistica – mitteleuropea[53].

---

più fasi e culminante in quella del consolidamento (…) con nuove costituzioni o con profonde revisioni costituzionali che accompagnano cambiamenti nel regime politico e nella forma di governo». Cfr. Giuseppe De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato* cit., pp. 202 ss.

[49] Formula, questa, ormai più adatta a descrivere la fase post-dissolutoria dell'entità federale jugoslava. Cfr. John R. Lampe, *Yugoslavia* cit., pp. 378, 381-391 e 401-402.

[50] Il fenomeno di transizione post-comunista nei Paesi dell'Europa centro-orientale e segnatamente nelle Repubbliche dell'ex-Jugoslavia, è analizzato, con rara sintesi, da Silvio Gambino, *Transizioni costituzionali* cit., p. 339. L'A. indica una tendenza alla «ibridazione di modelli stranieri importati» posta in essere con la «restaurazione di modelli risalenti all'epoca postbellica (…) con l'occulta sopravvivenza di crittotipi socialisti» e richiama i contributi di Angelo Rinella, *Recenti processi costituenti a confronto*, in Lucio Pegoraro-Angelo Rinella, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, CEDAM, Padova 2002, p. 144 e in Luca Mezzetti, *Le democrazie incerte. Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 70 ss.

[51] Fabio Vecchi, *Cento anni* cit., p. 323, n. 126. Cfr. Gianmaria Ajani, *Diritto dell'Europa Orientale*, in *Trattato di diritto comparato* (diretto da R. Sacco), UTET, Torino, 1996, p. 57.

[52] Sulle capacità reattive accomunanti Croazia e Slovenia avverso la morsa del panserbismo si veda, ancora, Fabio Vecchi, *Cento anni* cit., p. 292 ss.

[53] Cfr. Giannantonio Benacchio, *La circolazione* cit., p. 251.

Traendo spunto da un'attenta dottrina, secondo cui l'adattamento al «nuovo diritto» occorso in Croazia – e in Slovenia – ai modelli occidentali «utilizza metodi diversi»[54], si potrà chiosare che nel panorama legislativo ricostruendo, i metodi e le scuole dottrinali adottati tendono a procedere lungo i confini materiali delle discipline da riformare: il «ripristino» di un passato diritto civile borghese, ha soppiantato il diritto ideologico del socialismo rivoluzionario; il ricorso al diritto nuovo, di matrice anglo-tedesca, finanche la normativa comunitaria, sembra soccorrere all'inquadramento della disciplina societaria e commerciale; il modello ibero-italiano di matrice negoziale, sia nella versione concordataria pura (con la Chiesa cattolica), che di diritto pubblico pattizio interno (gli «Accordi su questioni di interesse comune» stipulati con le Comunità religiose), è stato prescelto per la neonata disciplina di diritto ecclesiastico.

L'onda lunga del riformismo legislativo croato va fatta risalire lungo il corso degli anni Ottanta dello scorso secolo dove una porzione sufficientemente significativa di leggi depurate dai postulati ideologici ha fatto da battistrada al nuovo. Qui di seguito si vorrà prendere in esame, senza la presunzione di offrire un quadro completo, il vigente corpo legislativo d'ambito confessionale del Paese, per evidenziarne chiavi di principio ed orientamenti tendenziali[55].

a) Leggi sulla proprietà. Un giro d'orizzonte sulle iniziative riformiste del legislatore croato è fornito dalla normativa tendente a rivitalizzare la prospettiva liberista in tema di proprietà privata. Basti pensare agli strascichi seguiti alla confutazione del dogma della «proprietà sociale»[56]. Il gradualismo riformista contempla la recezione statica della legge del 1980, salvo alcuni essenziali ritocchi apportati dalla Legge 28 giugno 1991. Lo smantellamento del principio socialista della giusta perequazione, unito al fallimentare modello di autogestione, incideva direttamente su un'idea di produzione e di proprietà privata snaturata dalle logiche collettive. La miopia con cui la scure ideologica si è abbattuta sui patrimoni confessionali, incapace di distinguerne i fini di culto o il valore storico-artistico o, ancora, la natura documentale-archivistica, ha descritto il disegno politico sotterraneo. Essa andava a colmare una normativa apparentemente tollerante che celava nelle

---

[54] Giannantonio Benacchio, *Ult.loc.cit.*, pp. 253-254.

[55] Per la consultazione dei documenti qui esaminati si rinvia al sito on-line: www.licodu.cois.it.

[56] Si veda, ad es., la Legge sulla vendita del patrimonio sociale (1990), intesa a favorire la privatizzazione. Già emanata in Jugoslavia, è stata rielaborata con nuovo slancio da Slovenia e Croazia. Cfr. Giannantonio Benacchio, *La circolazione* cit., p. 264, n. 31. Cfr. anche John R. Lampe, *Yugoslavia* cit., pp. 402-403.

forme legali esteriori la mal sopportazione per le concentrazioni di ricchezze non controllabili dallo Stato[57].

La capziosità della disciplina sulle nazionalizzazioni si evince dal raffronto tra la normativa del tempo e quella del nuovo corso «post-transitorio». I segnali tesi a rimediare alla pratica espropriativa forzata a largo raggio si colgono bene sia nella legislazione ordinaria risarcitoria del 2002[58], preannunciata da una Legge sugli indennizzi del 1996[59], che negli accordi confessionali stipulati tra il 1996 e il 2011, i quali denunciano nella totalità le procedure ablative forzate ed in diversa misura propongono soluzioni in cui la *restituito in integrum* resta pesantemente condizionata da ostacoli oggettivi[60]. Il segno

---

[57] Cfr. Legge di nazionalizzazione degli immobili locati e terreni edificabili (in G.U., FNRY n. 52/58). Secondo l'art. 11: «Le disposizioni della presente legge non si applicano agli edifici e strutture che servono alle comunità religiose per lo svolgimento delle attività religiose, come chiese, cappelle, templi, monasteri e conventi, scuole e seminari, o altri edifici con funzione parrocchiale e simili». La norma esentava così detti edifici, parificati alle sedi diplomatiche, dalla nazionalizzazione e dalla trasformazione in «proprietà sociale» (ex art. 10).
Un'ulteriore garanzia, per gli edifici storicamente dedicati al culto – ma il testo preferisce riferirsi ad immobili ad uso parrocchiale o nella diretta disponibilità del vescovo – è posto all'art. 74, che delega la Commissione per la nazionalizzazione a conservare tali manufatti nella destinazione *quo ante*. Il regime socialista contemplava tre modalità di apprensione alla sfera pubblica dei patrimoni privati: confisca; nazionalizzazione e soggezione alle procedure previste dalla riforma agraria. Ivan Padjen, *Church and State in Croatia* cit., p. 76.
Un Regolamento (1959) attuativo della Legge di nazionalizzazione n. 52/58 lasciava ampio spazio di manovra alla Commissione quanto alla stabilire i casi di esproprio degli edifici privati (artt. 10-25) ammettendosi l'ipotesi di un accertamento sulla ricorrenza delle condizioni di legge, dietro denuncia da parte dei proprietari originari (art. 37).

[58] Indicativo appare l'art. 4.1 della Legge sul risarcimento per i beni confiscati durante il regime jugoslavo (5 luglio 2002), che individua la ricorrenza di condizioni (abuso di diritto o di potere politico) in virtù dei quali è possibile ottenere un indennizzo: «Le persone la cui proprietà è stata confiscata sulla base di una sentenza del tribunale per un reato (…) nei casi di sentenze dei tribunali della ex Jugoslavia, dal 15 maggio 1945 al 25 giugno 1991, per reati politici o a sfondo politico, o di altri reati quando si tratta di decisioni in materia di abuso di diritto o di potere politico». La norma offre anche una nozione del vizio della sentenza, precisando che per abuso di diritto o di potere politico si intende: «una condanna o un pronunciamento in violazione dei principi internazionalmente riconosciuti come propri di uno Stato di diritto e di una società democratica» (art. 4.2). Cfr. anche l'art. 48, relativo alle restituzioni o indennizzi ai proprietari di beni culturali, storici e artistici.

[59] Legge circa l'indennizzo per i beni espropriati durante il regime comunista jugoslavo, 11 ottobre 1996. Cfr. Ivan Padjen, *Church and State in Croatia* cit., p. 75, il quale A. ricorda tra i maggiori bersagli delle nazionalizzazioni la Chiesa cattolica, l'Ortodossa serba e l'Evangelica luterana. Neppure la Legge sulle comunità religiose è riuscita a sciogliere il problema delle restituzioni patrimoniali confiscate alle chiese balcaniche. Ancora nel 2003 la Chiesa cattolica rivendicava verso le autorità locali la restituzione di oltre 700 edifici e 175.000 ettari. Cfr. Sabrina P. Ramet, *L'Europa centro orientale* cit., pp. 109-110.

[60] Negli accordi minoritari, la questione è chiaramente espressa circa i beni storici culturali, mentre per la speciale disciplina degli archivi, esigenze sia organizzative che di fruizione e conservazione hanno obbligato il governo a confermare gli effetti espropriativi. Cfr. oltre, al par.6. Quanto alla Chiesa cattolica, un trattamento di maggior favore è registrabile dagli artt. 2-5 dell'Accordo su Questioni Economiche tra Governo di Croazia e Santa Sede (*AQE* 9 ottobre 1998).

palese delle difficoltà presenti nel settore è ben espresso dalle lentezze delle procedure di restituzione dei beni documentali archivistici religiosi e civili[61].

b) Leggi sul fatto organizzativo (fondazioni ed associazioni). Dando seguito al dettato costituzionale sul diritto di associazione (artt. 42 e 43 Cost.), un complesso normativo considerevole ha ricostruito *ex-novo* la materia degli enti ed organizzazioni associative confessionali: una Legge sulle fondazioni (1995) e le leggi sulle associazioni (1997 e 2001) hanno imbastito la strada maestra su cui si è indirizzata anche la fondamentale Legge generale sullo *status* giuridico delle comunità religiose (2002). L'importanza assegnata dal legislatore croato alla natura pubblica dello scopo consortile, evidenziata dal carattere altruistico, specie se ordinata a qualificare la natura giuridica della corporazione, rimanda a precorse influenze di cultura giuridica mitteleuropea[62].

È utile osservare come, per le fondazioni, l'*Act on Foundation and Funds* (1995)[63] abbia inteso descrivere estensivamente lo spettro delle attività-scopo fondazionali, inserendo il fine di beneficenza e carità tra i requisiti costitutivi e giustificativi nella pia destinazione di un patrimonio, ed offrendo una nozione giuridica dei menzionati scopi altruistici volti ad una elevazione del «complessivo stato materiale di una società» (art. 2.2). Né appare secondario il riferimento oltre che al fattore religioso, anche alle componenti «nazionale, linguistica (e) culturale» abbracciate dagli scopi fondazionali (art. 2.4), in un contesto sociale talmente intriso di siffatte atmosfere, da fare del profilo etno-nazionale la chiave interpretativa delle scelte di politica legislativa[64].

Il legislatore croato permea letteralmente la costituzione di fondazioni

---

[61] Il Governo di Zagabria ha stipulato accordi con l'omologo di Belgrado per la restituzione dei fondi archivistici rimasti in possesso delle autorità serbe, a seguito dei conflitti degli anni Novanta.

[62] Si noti che: «La nozione germanica di corporazione di diritto pubblico appare in forma esplicita solo nella normativa della Croazia». Così, Balazs Schanda, *The recent developments of Church-State relations in Central-Europe*, in Silvio Ferrari – Rinaldo Cristofori, *Law and Religion in the 21th century: relations between States and religions*, Farnham, Aschgate, 2010, p. 159.

[63] *Act on Foundation and Funds*, G.U. n. 36/95, 1 giugno 1995.

[64] Art. 2: «In the sense of this Act a foundation is the property assigned to serve permanently by itself or by the incomes it acquires to the accomplishment of some generally beneficial or charitable purpose. In the sense of this Act a fund is the property assigned to serve to the accomplishment of some generally beneficial or charitable purpose during a particular period of time.
Generally beneficial in the sense of this Act is considered the purpose by fulfillment of which cultural, educational, scientific, spiritual, moral, sports, health care, environmental or any other social activity has been generally promoted, respectively the purpose or generally material state of a society. Charitable in the sense of this Act is considered the purpose by fulfillment of which a support is given to persons in need.
The purpose of foundation is considered generally beneficial, charitable respectively if it refers to persons only belonging to a certain class or profession, national, language, cultural, scientific, religious or similar group, to a particular association, public institution or any other legal entity».

con una serie di requisiti e di permessi preordinati alla registrazione e concessi dall'autorità amministrativa (art. 3.2)[65] in cui il fine di beneficienza e di carità è condizione imprescindibile soggetta a documentazione (art. 4.2, punto 3). Per converso, la legge vieta espressamente la costituzione di fondazioni con scopi illegali o immorali[66] e ne prevede l'estinzione quando gli scopi statutari non siano rispettati (art. 25.1, punto 3)[67]. L'esigenza di assicurare la serietà e conformità legale degli scopi è correlata alla disciplina fiscale favoritiva nei confronti di tali enti e circa le operazioni finanziarie promosse da fondatori, donanti e beneficiari (art. 17)[68].

Va qui sottolineata la necessità dell'assegnazione e del mantenimento di una sufficiente consistenza della massa patrimoniale diretta allo scopo fondazionale (artt. 6.1, punto 3 e art. 4.2, punto 1)[69]. La legge sollecita tutti i membri della fondazione ad una condotta onorevole sotto il profilo etico «perform their duty conscientiously» e legale (art. 22.1), rammentando loro il ruolo onorario volontariamente assunto (art. 22.2)[70]. Medesime esigenze di chiarezza e conformità statutarie e legali degli scopi caritatevoli, detta la normativa sulla supervisione esercitata dagli organi pubblici amministrativi

---

[65] Il controllo ministeriale è decisivo nelle procedure che conducono alla concessione dell'assenso alla costituzione. Cfr. art. 10. Il Ministro, inoltre, ha facoltà di nomina di un direttore della fondazione (art. 12); a questi è sottoposta l'approvazione dello statuto (art. 18.3) o il diniego (art. 19.2); ne può decretare il commissariamento per inadempienza degli scopi (art. 23.1, punto 2); amministra il Registro delle fondazioni (art. 36).

[66] Art. 6.3, punto 1 e 2: «The establishment of a foundation is not permitted: 1.if the purpose of a foundation is infeasible respectively legally or morally not allowed; 2.if there is no serious reason for the establishment of a foundation, particularly if the purpose of the foundation is obviously lacking seriousness».

[67] Art. 25.1, punto 3: «A foundation is terminated: if the purpose of a foundation ceases to be generally beneficial or charitable or its achievement has become impossible, legally or morally not allowed, while the change of the statute is not possible in compliance with the provisions of article 24 paragraph 3 of the present Act».

[68] Art. 17.1-4: «The state encourages and facilitates the work of foundations by appropriate regulations.
The state may appear as founder or co-founder of a foundation only under a special act.
The property of a foundation as well as its incomes enjoy special tax relaxations.
Special acts shall regulate the issues regarding the kind, as well as the amount of tax relaxations and privileges for foundation founders, donors and beneficiaries».

[69] L'attualità del patrimonio risponde all'esigenza di prevenire distorsioni del fine primario eletto dalla fondazione, e piegarlo ad operazioni speculative, persino nella speranza di elargizioni da parte dei fedeli. Cfr. Francesco Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico* (aggiornato da A.Bettetini e G. Lo Castro), Zanichelli, Bologna, 2009[10], p. 299.

[70] Art. 22.1 e 22.2: «Members of the foundation bodies should in addition to meeting the requirements under paragraph 1 article 21 perform their duty conscientiously, in compliance with the provisions of the law and other regulations, the statute and other general acts of a foundation.
The work of the foundation bodies is as a rule honorary and voluntary».

per tutte le operazioni finanziarie (art. 30) e sulla gestione ordinaria delle proprietà della fondazione (art. 31). Riguardo ai *funds*, di cui l'art. 32 traccia una nozione giuridica, la legge fissa un termine massimo di destinazione non superiore ai cinque anni[71].

L'art. 43 della Cost. croata regola e tutela il fenomeno associativo. Ad una prima Legge sul diritto delle associazioni (1997)[72] è subentrata, a breve distanza di tempo, una nuova Legge sulle associazioni 11 novembre 2001, n. 88 che apportava alcune minime, ma sostanziali, modifiche alla precedente disciplina. Diversamente dal primo testo, l'art. 1.2 della vigente legge stabilisce chiaramente che: «Le discipline di questa legge non si applicheranno a partiti politici, comunità religiose, associazioni e riunioni di lavoratori»[73].

L'allargamento alle comunità religiose dell'ambito di sospensione degli effetti giuridici della legge va inteso nel segno dell'assicurazione delle garanzie verso il fenomeno confessionale in tutte le sue manifestazioni espressive. I molteplici e talvolta stringenti controlli esercitati dalle pubbliche autorità sulla gestione patrimoniale e l'eventuale distorsione delle legittime procedure giudiziarie ordinarie in caso di conflitti sull'identità-denominazione associativa non devono incidere sull'organizzazione delle comunità religiose. Effettivamente, l'art. 1.2 stabilisce un punto di chiarezza in relazione al fenomeno associativo, capace di abbracciare finalità di vasto spettro, spesso collimanti con quelle proprie di associazioni confessionali (scopi comunitari; sociali; etno-nazionali), con modalità operative le più disparate tratteggiate dai singoli statuti: finalità che la legge sulle associazioni ha inteso elencare (art. 2.1)[74] così da fornire una nozione giuridica delle associazioni. Queste ultime si identificano principalmente, anche se non esclusivamente[75], in vir-

---

[71] Art. 32.1: «A fund is the property designated for serving to the achievement of a generally beneficial or charitable purpose over a given period of time, but not longer than five years».

[72] Legge sul diritto di associazione, 18 giugno 1997, G.U. n. 230-01/97-01/01.

[73] Altra differenza con la legge del 1997 è nel numero minimo dei membri fondatori che scendono da dieci a tre (art. 10.1). Quanto alle sanzioni applicabili alle associazioni non rispettose delle leggi e degli scopi statutari, l'attuale disciplina ha notevolmente ridotto e semplificato le misure pecuniarie sanzionatorie (tra i 1.000 e i 10.000 *kune*) e le ipotesi sanzionatorie (art. 39). La realtà associativa rimane in ogni caso sotto la copertura della garanzia costituzionale e quindi, salvo le informazioni utili a conoscerne natura e finalità, il Governo non potrà ingerirsi con iniziative che potrebbero lederne la libertà. Cfr. Francesco Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico* cit., p. 211.

[74] Art. 2.1: «An association for the purpose of this Law shall be any form of voluntary association of natural or legal persons which, in order to protect and promote issues of public or mutual interest, environmental, economic, humanitarian, informative, cultural, ethnic and national, educational, social, professional, sports, technical, health care, scientific and other interests and goals as well as their beliefs, and without the intention of gaining profit, submit themselves to the rules that regulate organizations and activities of that form of association».

[75] In aggiunta alle attività principali, stabilite dagli statuti, l'associazione può anche perseguire

tù dei peculiari scopi di tipo altruistico da promuovere e tutelare, ma da circoscrivere sempre entro il dettato statutario.

Un altro segno dell'attenzione del legislatore croato ai dinamismi della realtà nazionale è dato dalla garanzia per l'utilizzo della lingua e della scrittura propri e, in genere, dalla previsione di associazioni con scopo di protezione e promozione degli interessi delle minoranze nazionali e delle comunità etniche. Il risalto riservato alla componente etnica, che riaffiora nella normativa scolastica e nella legislazione di rango costituzionale, emerge nella garanzia all'uso della lingua nazionale (art. 12.3 e 12.4) e nella libertà all'impiego della simbologia dello Stato croato con un significato che si fa funzionale alla valorizzazione «in onore e dignità» dell'associazione (art. 13.1)[76].

La legge sulle associazioni offre un ulteriore indizio sul tendenziale consolidamento di una linea di politica ecclesiastica «interventista» in Croazia[77]. Con maggior precisione della precedente, la legge del 2001, ci avverte infatti della disponibilità del governo alla concessione di finanziamenti pubblici quando gli scopi associativi corrispondano a «progetti di interesse pubblico eccezionale» (art. 23.1, l.2001)[78]. I sussidi statali, da destinare con una misura annua variabile alle sole associazioni registrate (art. 23.3) configurano, dunque, un vero e proprio atto di natura politico-finanziaria dell'esecutivo, che ne involge la corrispondente responsabilità. Per questo, il legislatore ha confermato la procedura di accordo istituzionale tra Governo e Parlamento per i *budgets* destinabili ai progetti associativi proposti dal settore del *no-profit*, ma ha anche inteso a corredare il testo del 2001 con un generale «Codice delle buone pratiche» sull'assetto operativo dei finanziamenti pubblici[79].

---

attività di profitto, in tal caso, accordandosi con le leggi dello Stato (art. 5.2).

[76] Art. 13.1: «The word "Croatia" in any language, derived words, parts of the coat of arms and flag of the Republic of Croatia, the names of the other states or the municipalities or the regions, parts of their coat of arms and flag as well as the names of the international organizations and the names of the natural persons, may be in the association's name or logo in the manner that emphasizes their honor and dignity».

[77] La scelta del sostegno finanziario pubblico per le attività di religione è infatti applicato estensivamente: attuato verso la Chiesa cattolica, è un caposaldo nella disciplina negoziata con le Comunità religiose, ma se ne rinvengono le tracce anche nella normativa a tutela delle minoranze nazionali. Ivan Padjen, *Church and State in Croatia* cit., pp. 71-74.

[78] Art. 23.1: «The Government of the Republic of Croatia, based on a contest, provides budgetary subsidies to the associations whose projects and programs are of the exceptional public interest in the Republic of Croatia».

[79] Art. 23.2: «The amount of state budgetary subsidies is determined every year. In accordance with the adopted Program of Cooperation between the Government of Republic of Croatia and the not-for-profit sector in Republic of Croatia, the Croatian Parliament based on proposal of the Government of the Republic of Croatia will enact a Code of good practices, standards and measures for providing financial support to the programs and projects of the associations».

Va peraltro osservato che il tendenziale *favor fisci* verso l'associazionismo con fini «altruistici e sociali» si rapporta a misure di controllo tributario. A tal proposito l'art. 9.7 della Legge di imposta sul reddito n. 127/2000 pone criteri generali quanto agli scopi associativi perseguiti e non li ritiene in grado di influenzare la capacità contributiva di tali associazioni o persone giuridiche[80].

Con un puntale elenco di attività proibite alle associazioni, la legge circoscrive il perimetro degli scopi statutari. Oltre alla violazione dell'ordine costituzionale democratico, all'indipendenza ed unità dello Stato e alle attività in diversa misura proibite dalle leggi positive e dalla Costituzione, o divergenti dagli scopi statutari (art. 35.1-3), il richiamo al settore ecclesiastico appare nel caso di violazione dei principi di «protezione dei diritti e libertà altrui (e) della morale pubblica» (art. 35.4-5). Nella legge del 2001 non si accenna all'obbligo di una «temporary injunction» da parte del tribunale territorialmente competente verso l'associazione violatrice, rinviando più genericamente al codice di procedura civile. Domina, invece, l'esigenza di garantire la giustizia con tempestività, tanto da essere puntualizzata sinteticamente dall'art. 36.3: «Proceedings for the prohibition of an association are emergent»[81].

c) Leggi sul fenomeno religioso. Un settore nel quale il *Sabor* croato ha bruciato le tappe dell'integrazione europea nei modelli giuridici e nelle garanzie di libertà, sopravanzando persino alcune più attendiste legislazioni di confine, è nel varo di una normativa generale sul fattore confessionale: la Legge sullo *status* giuridico delle comunità religiose (2002)[82]. Attuativa

---

[80] The Income Tax Act, n. 127/2000, art. 9.7 che, tra l'altro, obbliga alla rendicontazione sulle donazioni fatte, sia il donante che il beneficiato: «The following shall also be deemed expenses of the tax period: gifts in kind or in money transferred to a giro account, for cultural, educational, scientific, healthcare, humanitarian, sporting, religious and other purposes, to associations and other persons who carry out these activities in accord with special regulations, up to the amount of 2% of total receipts in the previous year. If the gifts are made in kind, the giver and the recipient shall be obliged to have proper documents about this. Exceptionally, gifts above the regulation amount shall be deemed expenses on condition that they have been given according to the programs and rulings of the competent ministries».

[81] A tale principio risponde una serie notevole di accorgimenti: dal diritto estensivo di ricorrere al giudice per far valere le ipotesi ex art. 35 (art. 36.1), all'adozione di procedura di emergenza sia in primo grado di giudizio, relativamente alla notifica della citazione (art. 37.1), sia all'apertura del procedimento (art. 37.2), sia nella fase di emissione della sentenza (art. 37.6-9), sia, infine, nel grado di appello alla Suprema Corte (art. 38.1-5). Tutto ciò, tenendo conto che «l'appello non sospende gli effetti della sentenza di primo grado» (art. 38.2).

[82] L. n. 01-081-02-2643/2, 8 luglio 2002. Questa legge illustra bene le dinamiche riformiste transitorie «per piccoli passi»: il suo antecedente è, infatti, una Legge sulla posizione legale delle Comunità religiose (1978), *de facto*, resa inapplicabile dalle numerose leggi derogatorie poste in essere dal regime politico del tempo. I lavori parlamentari per il varo di una nuova Legge generale sui culti

degli artt. 40, 41 e 88 della Carta Fondamentale, circa la libertà religiosa ed il pluralismo confessionale, questa legge non solo introduce un regime legale di base per la regolamentazione delle espressioni associative di credenti, ma permette alle confessioni religiose che lo vogliano, di stipulare quelli che tecnicamente chiama «Accordi su questioni di interesse comune» con il Governo (art. 9.1), dando così luogo ad un regime concordato, oggi prescelto dalle maggiori entità confessionali presenti in Croazia. La legge, che si articola in quattro settori[83], si apre declinando una sintetica nozione giuridica di cosa sia «Chiesa» o «comunità religiosa» impiantata sul momento ritualistico collettivo (art. 1)[84] e sulla necessità di un rapporto chiaro con lo Stato, soddisfatto dall'iscrizione in un Registro delle comunità religiose in Croazia (art. 6). La legge prevede poi una procedura di registrazione nel caso di comunità religiose operanti come persone giuridiche (art. 5.1).

Nel confezionamento normativo appare chiaro il peso dei conflitti interetnici e della costante precarietà delle forme di governo che ha dominato nel tempo la storia balcanica. La legge in più occasioni evoca il principio di conformità alla Costituzione e alle leggi civili nel riconoscere la libertà di organizzazione interna e statutaria (art. 2), ma appaiono forse pletoriche le disposizioni che, con tono raccomandatorio, invitano le comunità di fedeli a condotte tolleranti e non pregiudizievoli verso l'altrui credo (artt. 3.1 e 3.2)[85] o che, prone al fanatismo settario, operino «in contrasto con l'ordinamento giuridico, la moralità pubblica, o mortifichino la vita, e gli altri diritti di libertà dei cittadini e di altri credenti» (art. 4). In ogni caso la legge incoraggia il fenomeno associativo religioso, assicurando la libertà delle comunità religiose a costituire e gestire associazioni per l'esercizio dei riti (art. 7)[86].

---

culminarono con la nuova legge del marzo 2001, dai cui emendamenti è sorta l'attuale Legge del 2002. Cfr. Ivan Padjen, *Church and State in Croatia* cit., pp. 60-61. Sabrina P. Ramet, *L'Europa centro orientale* cit., p. 108.

[83] Disposizioni di principio (artt. 1-9); Disposizioni particolari (artt. 10-19), le quali rappresentano il modello di riferimento materiale degli Accordi confessionali bi o multilaterali su questioni di interesse comune; Criteri relativi alla registrazione delle comunità religiose (artt. 20-28); Disposizioni finali (artt. 29-32).

[84] Si tratta di «…una comunità di individui che esercitano il diritto di libertà di credo attraverso cerimonie e altre manifestazioni della loro fede» (art. 1)

[85] Art. 3.1: «Le comunità religiose, nella promozione dell'attività religiosa, non devono incitare all'odio o al pregiudizio nei confronti di altre confessioni religiose o dei loro seguaci o verso altri cittadini».

[86] Tali comunità potranno inscrivere il proprio nome identificativo nella lingua e scrittura rispondenti alla cultura d'origine, diversa dalla lingua e scrittura croata (art. 8.1), e saranno libere di inserirvi i simboli nazionali croati (art. 8.2). La tutela dell'identità di ogni comunità religiosa impone il divieto di nomi identici a comunità che abbiano soddisfatto la condizione di iscrizione nel registro, avendo maturato un titolo di prelazione nell'uso del nome (art. 8.5).

La sezione dedicata alle «disposizioni particolari» si sovrappone materialmente agli accordi confessionali minoritari, ma con previsioni più dettagliate[87]. Le comunità religiose sono libere di fondare istituti di insegnamento di ogni grado (art. 11.1) che avranno personalità giuridica (art. 11.2)[88].

La normativa fiscale sulle risorse finanziarie (art. 17) conferma l'orientamento generale di politica ecclesiastica al sostegno pubblico a largo raggio e a tutti i livelli dell'organizzazione amministrativa territoriale – Stato centrale; governi locali; comunità minori – (art. 17.3), delle attività confessionali (siano esse rivolte alla tutela del patrimonio edilizio storico-artistico; del lavoro sul settore educativo sociale, sino alla sfera tradizionale della carità ed assistenza) (art. 17.2)[89].

Ai religiosi/ministri di culto è riconosciuto il diritto di costruirsi una garanzia assistenziale e previdenziale pensionistica (art. 18.1), mentre i contratti di lavoro in cui risultino dipendenti dalle comunità religiose sono soggetti alle tutele contemplate dalla generale contrattazione lavoristica (art. 18.2). Analoghe garanzie valgono per i laici impiegati in dette strutture (art. 18.3)[90].

Una disciplina che risulta squilibrata – largamente deficitaria negli accordi confessionali e, invece, dettagliata con la Chiesa cattolica – ma la cui vaghezza è colmabile attraverso il possibile rinvio ad accordi tra le Parti,

---

[87] Così, il diritto di riunione per lo svolgimento dei riti è garantito nei luoghi pubblici e privati, senza condizioni sul numero dei partecipanti, ma nel rispetto delle leggi speciali (art. 10.1) e con l'obbligo di comunicare all'autorità di polizia almeno nelle precedenti 48 ore l'utilizzo di spazi aperti (art. 10.2) e fatti salvi i diritti ed obblighi gravanti su organizzatori e partecipanti (art. 10.3). Analoghe garanzie circondano gli edifici di culto, inviolabili, e soggetti alle sole leggi speciali (art. 12).

[88] Il principio della codecisione partecipativa in ogni aspetto della delicata disciplina è qui dominante. Quanto all'organizzazione dell'attività di formazione religiosa, infatti, la legge rinvia a specifici accordi, in spirito di collaborazione tra le Parti (art. 13.1). Misura adottata in tutti gli accordi confessionali, e sempre previa stipula di accordi *ad hoc*, l'adesione degli studenti all'insegnamento di religione richiede una dichiarazione dei genitori-tutori dello studente di età inferiore ai 15 anni e tra loro congiunta, se maggiore (art. 13.2). All'insegna della collaborazione si fonda l'accordo tra Ministero dell'Istruzione e comunità religiosa circa i piani e programmi religiosi scolastici, sia per gli istituti prescolastici che elementari e secondari (art. 13.4). Ampio riflesso negli accordi ha ricevuto la disciplina sulla formazione professionale, i requisiti e i controlli *medio tempore* svolti sugli insegnanti (art. 13.3). Ancor più dettagliata che non nella legge in commento, la disciplina sull'assistenza spirituale per i fedeli facenti parte delle cd. «comunità separate» ossia strutture sanitarie, istituti di reclusione e nelle Forze armate e di polizia (artt. 14, 15 e 16). Per ognuno di tali settori è previsto il rinvio ad accordi di dettaglio tra le Parti.

[89] Sono anche previsti sgravi fiscali che potranno assumere la forma di esenzioni su imposte fondiarie (in caso di acquisti con scopo di culto), su tasse (in caso di destinazione preferenziale del contribuente nella dichiarazione dei redditi) e su dazi doganali (in caso di beni ricevuti da enti o soggetti confessionali residenti all'estero) (art. 17.5-7). Cfr. Ivan Padjen, *Church and State in Croatia* cit., pp. 74-75.

[90] Ivan Padjen, *Ult.loc.cit.*, p. 71.

riguarda l'accesso ai mezzi di informazione delle comunità religiose (art. 19).

La legge non menziona il matrimonio confessionale, né il riconoscimento agli effetti civili della celebrazione del vincolo canonico. Tale lacuna appare di tutta evidenza considerata l'attenzione ai riti religiosi che, tuttavia, la legge sembra valutare solo sotto il profilo organizzativo e di gestione dell'ordine pubblico.

Per quanto il legislatore croato abbia manifestato grande attenzione verso la disciplina matrimoniale, varando una normativa civile aggiornata frutto di un'elaborazione dogmatica tutt'altro che approssimativa, non può che risaltarne l'assenza dalla legge generale sui culti. Non è da escludere, anzi, che tale *vacuum iuris* sia tra le ragioni che abbiano sollecitato le comunità confessionali presenti in Croazia ad imboccare la via più completa degli accordi negoziati per meglio assicurarsi gli spazi di libertà garantita[91].

La legge generale del 2002 dedica un ultimo gruppo di norme ai criteri di pubblicizzazione dell'esistenza giuridica delle comunità religiose[92], insistendo sulle modalità della registrazione, attraverso l'inoltro alla pubblica autorità di una domanda di iscrizione contente i dati identificativi (artt. 20 e 21)[93].

I poteri di controllo e sorveglianza dell'autorità amministrativa sono notevoli e, sebbene il rifiuto della domanda di registrazione apra al contenzioso amministrativo (art. 22.3), siffatta facoltà risulta impermeabilizzata dalla legge che la legittima qualora ritenga che «contenuto e modalità del culto siano contrari all'ordine giuridico, alla morale pubblica o mortifichino la vita, la salute o gli altri diritti e libertà dei credenti o dei cittadini…» (art. 22.2)[94].

---

[91] Un elemento in tal senso è sicuramente offerto dalle maggiori garanzie al sostegno di finanziamenti pubblici, per le Comunità religiose che abbiano concluso accordi col Governo. Cfr. Orsat Miljenic, *Attuazione degli Accordi stipulati con la Santa Sede e relazioni tra lo Stato e le altre Comunità religiose in Croazia*, in *Santa Sede e Croazia* cit., p. 83; Vjekoslav Perica, *Balkan Idols* cit., *passim*, spec. pp. 35-37, p. 40, nn. 112-113 e p. 140.

[92] Per la Chiesa cattolica è stato formulato un apposito Protocollo sul modo di iscrizione delle persone giuridiche, il 12 settembre 2002.

[93] L'art. 21 richiede, tra l'altro, che la comunità religiosa attesti di avere un seguito di almeno 500 fedeli. In data 9 gennaio 2003 il Ministero della Giustizia, Amministrazione e Autonomie Locali, ha adottato una ordinanza sulle forme e tenuta della contabilità delle comunità religiose in Croazia, ex art. 26.1 della Legge 2002, la quale attribuisce a detto Ministero le competenze circa le modalità di conservazione dei registri. Il regolamento ministeriale, oltre a riepilogare la disciplina legale, quanto a forme e contenuto delle registrazioni della comunità religiosa, stabilisce la funzione probatoria e il valore pubblico documentale dei dati registrati e ne ricorda il valore di atti pubblici e la consultabilità: «Ogni persona interessata ha il diritto di ispezionare gli atti e il diritto di copia dei dati» (art. 11.1). La normativa li considera «documenti di valore permanente» (art. 12.1) e pone sul conservatore precise responsabilità onde assicurarne la «protezione da abusi, danni o distruzione» (art. 12.2).

[94] Ma il Ministero ha potestà anche più incisive, giacché può ordinare la cancellazione di una registrazione, per i motivi ora accennati (art. 23.1, punto 3) o quando, segno dei timori del rigurgito di

d) Leggi sui «servizi» sociali e scolastici. Nel quadro della legislazione di servizio pubblico e di assistenza, andranno qui menzionate alcune specifiche disposizioni della Legge sull'assistenza sanitaria (2003)[95] che, orientata a garantire misure a sostegno dell'efficienza organizzativa del trattamento sanitario, affronta alcune tematiche sulla tutela della libertà religiosa dei malati, ma trascura le problematiche più spinose legate alle scelte di coscienza[96].

In tal senso, la legge è scrupolosa nell'attuare il principio solidaristico inteso alla corretta e completa protezione sanitaria, ritagliandosi spazi di intervento comuni all'assistenzialismo caritatevole, attivo verso le realtà dei disadattati e del disagio sociale, l'alcolismo e le tossicodipendenze (art. 8)[97]. Per altro verso la normativa affronta, di sfuggita, il problema etico delle misure di assistenza ai malati terminali e alle cure palliative (art. 16.1, punto 8)[98], nonché l'assistenza alle donne in gravidanza, parto e maternità[99].

Notevole, l'art. 21 sui diritti e doveri del personale sanitario nell'assistenza, specie in caso di interventi urgenti e in pericolo di vita[100]. In armonia con la disciplina negoziale confessionale, l'art. 21.1, punto 13 afferma che: «è riconosciuta al ricoverato, durante il suo soggiorno nella struttura sanitaria, la partecipazione a riti religiosi». Specifici accorgimenti sono previsti verso i defunti, richiedendosi per il trattamento delle salme il rispetto delle «usanze religiose legate alla testimonianza della pietà» (art. 21.1, punto 14) compatibilmente con le esigenze sanitarie.

Pur tacendo dei profili etici, la legge regolamenta struttura e competenze

---

tragedie collettive, «l'autorità giudiziaria provi che la comunità religiosa sia dedita ad incitare all'odio religioso, nazionale o razziale o a qualsiasi altra forma di intolleranza tra cittadini croati» (art. 23.1, punto 2). Nulla di tutto ciò prevede il Protocollo con la Chiesa cattolica del 2002.

[95] Legge 23 luglio 2003, n. 01-081-03-2662/2.

[96] Il legislatore sembra aver avuto più cure per l'assicurazione dell'equo trattamento medico ai cittadini, come «buona pratica amministrativa». Circa l'art. 26, 1.1 della Legge sulla Protezione della Salute (1/1997), vedi IVAN PADJEN, *Church and State in Croatia* cit., p. 77.

[97] L'art. 98 assegna all'Istituto Nazionale di Sanità Pubblica il compito di «raccogliere e registrare dati nel settore delle malattie da dipendenza (tabacco, alcool e droghe psicoattive)» e di predisporre e sovrintendere l'attivazione di «programmi per il trattamento delle tossicodipendenze».

[98] La normativa prevede l'attività di un Istituto per le cure palliative che comprende anche le pratiche per i malati terminali, dell'assistenza domiciliare e di preparazione alla morte (art. 81). Ex art. 185, le pratiche di sepoltura potranno eseguirsi in tempi stretti, su decisione degli ispettori sanitari.

[99] L'impressione che la legge abbia intenzionalmente evitato i più scabrosi temi etici è rafforzata dall'impiego di una formula generica circa la garanzia per la «tutela delle donne in relazione alla pianificazione familiare», senza mai accennare ai trattamenti abortivi (art. 16.1, punto 9).

[100] La legge prevede, infatti, la necessità di un consenso alle cure (trattamento medico) che può essere prodigato, nell'impossibilità del malato di esprimersi liberamente e dell'autorizzazione dai parte dei familiari (art. 21.5). Invece, il diritto al rifiuto terapeutico è ammesso esclusivamente se finalizzato all'attività diagnostica (art. 21.1, punto 15 in relazione all'art. 21.1, punto 8).

di un Comitato etico la cui attività (art. 64), tuttavia, sembra concentrarsi prevalentemente sul buon funzionamento organizzativo e sulla deontologia professionale, ignorando le questioni di coscienza legate ai singoli percorsi personali del degente (art. 65).

Il 26 aprile 2010 il Parlamento croato ha varato una Legge sui testi scolastici per la scuola primaria e secondaria[101]. L'importanza dello scopo sollecita lo Stato a contribuire al finanziamento delle risorse supplementari (art. 1)[102].

La legge sembra delineare due tipologie di libri scolastici: quelli «*standard*», approvati dal Ministero dell'Istruzione e muniti dei «requisiti scientifici, didattici, psicologici, metodologici, etici, linguistici…» (art. 2.1, punto 1) e quelli «complementari», diretti alla formazione di studenti appartenenti a minoranze nazionali e tradotti nella lingua e scrittura loro propria (art. 2.1, punto 3). Siffatto inquadramento inclusivo e paritario tra sussidi scolastici, indice oggettivo del dinamismo pluralista che ispira il legislatore croato, trova conferma nell'art. 4.2 che, sancendo un fascio di principi convergenti (rispetto dell'ordine democratico; pluralismo dei gruppi; tutela dei diritti umani di ultima generazione), appare la disposizione cardine dell'intero impianto normativo[103].

Comparando le fonti, la legge del 2010 si inserisce in un quadro normativo che è intervenuto sulla materia per piani e con accorgimenti diversi: gli accordi con le altre confessioni si limitano, infatti, ad affermare il principio della parificazione dei libri di testo sull'educazione religiosa con quelli obbligatori, se muniti di *imprimatur* dell'autorità confessionale[104]. Analoga soluzione è trascritta nell'Accordo sull'insegnamento religioso con la Chiesa cattolica (1999), sebbene inserito entro un quadro normativo assai più dettagliato. È tuttavia significativo osservare il disposto ex art. 27 della legge del

---

[101] Legge 26 aprile 2010, n. 602-09/09-01/02.

[102] L'orientamento del legislatore, in attuazione dei principi costituzionali a protezione delle libertà fondamentali ex artt. 12, 14 e 15, si conferma a favore del processo di adeguamento degli strumenti formativi culturali all'inclusione degli studenti e di più completa apertura dell'offerta didattica. La misura dei finanziamenti è condizionata dai «limiti dei fondi disponibili dal bilancio dello Stato per ogni anno scolastico» (art. 26.1). Fa da contrappeso al principio di inclusività l'intenso controllo degli organi amministrativi circa le procedure di approvazione dei libri di base e integrativi (art. 6.6) e circa la pubblicazione e l'aggiornamento del catalogo dei testi e sussidi didattici supplementari (art. 20.1).

[103] Art. 4.2: «I contenuti dei libri di testo, risorse didattiche integrative e supplementari non devono essere contrari alla Costituzione croata che proclama i principi di un ordinamento democratico e in particolare la tutela dei diritti umani e delle minoranze, delle libertà fondamentali e dei diritti umani civili e l'eguaglianza di genere». Ne discende il riconoscimento alle minoranze nazionali della libertà dell'impiego di «libri di testo supplementari e sussidi didattici nella lingua e scrittura» propri (art. 6.1), sino alla possibile «importazione dal paese della nazione d'origine» di quei testi altrimenti non reperibili (art. 6.2).

[104] Cfr. par. 6.

2010, relativo alla facoltà dell'autorità statuale di ritirare dalle scuole i libri di testo «integrativi» quando, tra l'altro, vi si ravvisi la presenza di: «informazioni inesatte o obsolete che influenzino significativamente la credibilità del contenuto e inducano gli studenti a conclusioni erronee o tali da ostacolare l'apprendimento (corretto) delle conoscenze» (art. 27.1, punto 5).

In queste righe emergono decise tutte le comprensibili preoccupazioni del legislatore croato verso una formazione culturale delle nuove generazioni fondata sulla verità storica e in grado di far maturare il necessario distacco dalla tragedia dei conflitti etnici e dalla sofferta affermazione dello Stato nazionale. Non v'è dubbio, tuttavia, che la disciplina introduce un discrimine tra l'intangibilità dei testi confessionali muniti di *placet* e i testi «integrativi» o «complementari» rispecchianti le culture minoritarie[105].

e) Leggi a tutela delle minoranze. Tali ultimi rilievi conducono direttamente alle cure del legislatore sulle minoranze nazionali. Il Parlamento croato se ne è occupato lasciando alle autorità locali larghi margini di manovra legislativa speciale, in almeno due importanti occasioni: con la Legge sull'educazione ed istruzione nella lingua e nella scrittura delle minoranze nazionali (2000)[106] e, in seguito, con la Legge costituzionale sui diritti delle minoranze nazionali (2002)[107].

Quanto alla legge del 2000, che delinea le coordinate della tutela attraverso un generale principio di equipollenza delle modalità e strumenti di insegnamento, essa contiene all'art. 15.1 e 15.2 le previsioni sui libri di testo della Legge scolastica 2010 testé menzionata (art. 6.1. e 6.2).

La legge del 2000, in ossequio all'art. 15 Cost., intendeva onorare le antiche consuetudini locali statutarie di convivenza tra comunità contermini su cui si fonda gran parte della tradizione giuridica dell'area istriano-dalmata. Ne è prova l'art. 9 che menziona esplicitamente l'organizzazione dell'inse-

---

[105] L'art. 27.1, punto 3 prevede il ritiro dei testi che «non siano conformi con i libri di testo *standard*». Cfr. Većeslav Tumir, *L'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche della Repubblica di Croazia*, (tesi dottorale in diritto canonico) PUSC, Roma, 2009, pp. 149 ss. e 160 ss. (sito on-line www.bibliotecanonica.org), pp. 152 ss.

[106] La Legge 11 maggio 2000, n. 01-081-00-1514/2 fissa i seguenti principi: tutela del diritto di educazione e istruzione delle minoranze nazionali nelle proprie lingua e scrittura (art. 1) nelle scuole di ogni ordine e grado (art. 2), con il privilegio di conservare l'insegnamento anche in caso di un numero di alunni insufficiente alla formazione di un gruppo didattico (artt. 3 e 4.3) e con il rispetto del principio del bilinguismo nella documentazione pedagogica (art. 11). Il piano didattico è stabilito dal Ministero dell'Istruzione previo parere delle associazioni delle minoranze nazionali (art. 6.2). Due regole comuni alla legislazione in materia scolastica assicurano la speciale cura alla formazione e aggiornamento del corpo docente di minoranza (artt. 10 e 14) e l'intervento del bilancio pubblico per garantire i mezzi necessari all'insegnamento (art. 16.1). Sul tema educativo in Croazia, in generale, John R. Lampe, *Yugoslavia* cit., p. 62.

[107] Legge 13 dicembre 2002, n. 01-081-02-3955/2.

gnamento nella lingua e scrittura delle minoranze nazionali in quelle aree geografiche regionali contraddistinte dal bilinguismo ufficiale, così come stabilito nello statuto del comune o città interessato[108].

Della Legge costituzionale del 2002 e del fedele rispecchiamento del principio democratico di tutela dei diritti delle minoranze nazionali attraverso il riconoscimento pieno del corredo dei fattori identificanti e unitari del gruppo sociale (lingua, scrittura, simboli, tradizioni culturali) mi limiterò a sottolineare il carattere programmatico del testo; attraverso il principio di organizzazione e tutela rappresentativa nelle assemblee elettive a tutti i livelli territoriali (locale, regionale, centrale) e di partecipazione; attraverso una presenza dominante del fattore religioso, la cui libera espressione ed esercizio comporta una garanzia di tolleranza per i gruppi minoritari in sé considerati e nei legami con il popolo d'origine (art. 2; art. 5; art. 6.2; art. 7.1, n. 5; artt. 16.1 e 16.4; artt. 17.1 e 18.1)[109].

5. *Il* favor iuris *dettato dalle tradizioni culturali nazionali nella politica ecclesiastica verso la Chiesa cattolica croata. Dagli Accordi-quadro allo svolgimento disciplinare per intese applicative: a) insegnamento della religione cattolica nelle scuole; b) libertà di assistenza spirituale; c) attività caritativa ed assistenziale; d) libertà nell'impiego dei* mass-media

Il pieno ristabilimento dei rapporti diplomatici della Croazia con la Chiesa cattolica romana, avvenuto l'8 febbraio 1992, è stato preannunciato dalla rifondazione dei rapporti giuridici che, com'è noto, risale allo scorcio di fine anni Novanta[110]. Al tempo vennero siglati contemporaneamente (19 dicembre

---

[108] Circostanziati approfondimenti sono in Fabio Vecchi, *Cento anni* cit., p. 315 ss. Sulle fonti giuridiche statutarie istriane si rinvia alla raccolta documentale delle origini dell'area adriatica, nei cinque volumi di Pietro Kandler, *Codice Diplomatico Istriano*, (rist. anastatica) Tip. Riva ed., Trieste, 1986.

[109] In tutti i citati articoli il fattore religioso risulta non solo intimamente connesso con il perimetro di valori che identificano le comunità di minoranza, ma appare come elemento inscindibile dal corredo di strumenti di tutela giuridica ed antidiscriminatoria. La Legge costituzionale del 2002 appare di apprezzabile fattura tecnica: non solo ribadisce ed identifica con chiarezza le «componenti fondamentali» dell'identità delle minoranze, quali: religione, lingua, tradizione e patrimonio culturale (art. 6.2), ma offre una nozione giuridica di minoranza in cui l'elemento coesivo identitario è rimesso ad un atto di libera adesione, di intimo e personalissimo desiderio di conservazione di quei valori propri. (art. 5: «La minoranza nazionale (…), è un gruppo di cittadini croati i cui appartenenti vivono tradizionalmente nel territorio della Repubblica di Croazia, e i loro membri hanno le caratteristiche etniche, linguistiche, culturali e/o religiose, diverse dagli altri cittadini e desiderano salvaguardare tutte queste peculiarità»). Valeria Piergigli, «*Minoranze linguistiche*», in Aa. Vv., *Diritti umani. Cultura dei diritti* cit., p. 931. Notazioni sull'identificazione tra Chiesa e popolo croato, sono in Vjekoslav Perica, *Balkan Idols* cit., p. 216.

[110] Per un commento dei negoziati apostolici si rinvia al prezioso studio di Mons. Eterovic, già

1996) tre principali Accordi-quadro tematici su questioni giuridiche, culturali e di assistenza spirituale[111] riflettenti, per struttura e contenuti, l'architettura concordataria spagnola del 1979[112]. A questi, ha fatto seguito – solo dopo i chiarimenti espressi dal Governo sulla questione aperta degli espropri, di cui si dirà in prosieguo di tempo – il non meno cruciale Accordo-quadro su questioni economiche, siglato il 9 ottobre 1998[113]. Nel gioco negoziale si è poi rivelato strategico il ruolo delle due Commissioni miste rappresentative delle Parti[114].

La dottrina non ha mancato di porre in risalto i caratteri generali e le specificità dell'articolata negoziazione[115] che, nell'inaugurare un nuovo rapporto giuridico-diplomatico tra Stato e Chiesa, archiviava definitivamente il «quiescente» concordato jugoslavo del 1966[116]. Si vorranno qui esaminare

segretario generale del Sinodo dei Vescovi, NIKOLA ETEROVIC, *Treatees between the Holy See and the Republic of Croatia: the history of Croatian and commentary* (*Ugovora izmedu Svete Stolice i Republike Hrvatske*), con prefazione di J. Bozanic, Zagabria, Glas Koncila, 2001.

111 Si tratta di: Accordo tra la S. Sede e la Repubblica di Croazia circa questioni giuridiche (in seguito *AQG*), in AAS, 89 (1997), pp. 277 ss.; Accordo tra la S. Sede e la Repubblica di Croazia circa la collaborazione in campo educativo e culturale (in seguito, *ACEC*), ivi, pp. 287 ss.; Accordo tra la S. Sede e la Repubblica di Croazia circa l'assistenza religiosa ai fedeli cattolici, membri delle Forze Armate e della Polizia della Repubblica di Croazia (in seguito, *AAR*), ivi, pp. 297 ss. Tali Accordi si considereranno funzionalmente collegati, tenuto conto che l'azione della diplomazia pontificia li volle oggetto unitario dello scambio degli strumenti di ratifica, il 9 aprile 1997, tra il cardinale Segretario di Stato Angelo Sodano e il vice presidente del Governo croato, Jure Radic.

112 JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR, *Passato e presente dei concordati*, in *Ius Ecclesiae*, Giuffré, Milano, 12 (2000), p. 653. Cfr. anche CARLOS CORRÁL SALVADOR, *Derecho internacional concordatario*, BAC, Madrid, 2009, *passim*. Aggiunge al modello concordatario spagnolo e italiano quello polacco, NIKOLA ETEROVIC, *Treatees* cit., p. 16. ROLAND MINNERATH, *L'*Église *catholique* cit., p. 206.

113 Accordo tra la S. Sede e la Repubblica di Croazia circa questioni economiche (in seguito *AQE*), e ratificato il 16 dicembre 1998, in AAS, 91 (1999), pp. 170 ss. Cfr. GIOVANNI BARBERINI, *I concordati di Giovanni Paolo II nell'Europa centrale e orientale*, in *QDPE*, Il Mulino, Bologna, 1991/1, pp. 49 ss. e spec. pp. 64-68 circa la Croazia. La Legge sugli indennizzi per i beni espropriati durante il regime comunista jugoslavo (11 ottobre 1996) sarebbe la condizione politica «*sine qua non*» per la stipula dell'*AQE* 1998. Così, NIKOLA ETEROVIC, *Accordi stipulati* cit., p. 69.

114 La Commissione della Conferenza Episcopale di Croazia e la Commissione della Repubblica di Croazia per i Rapporti con le Comunità Religiose. La prima riunione si svolse a Zagabria il 27 luglio 1993. Vedi NIKOLA ETEROVIC, *Accordi stipulati* cit., p. 67. La Commissione statale è un ente di supporto del Presidente della Repubblica ed è divenuta un organismo permanente del Governo dal 2000. Tra i suoi compiti, quello di monitorare l'effettivo stato di protezione legale della libertà religiosa e di proporre al governo ipotesi di soluzione di problemi emergenti. ORSAT MILJENIC, *Attuazione degli Accordi* cit., p. 78.

115 Si rinvia al commento di ANDREA GIANNI, *L'accordo tra Croazia e Santa Sede sulle questioni economiche. Note di commento*, in *QDPE*, Il Mulino, Bologna, 1992/2, pp. 423 ss. Ricorda Franjo Zenko, ambasciatore della Croazia presso la S. Sede (negli anni 2000-2003), che i lavori preparatori degli accordi si articolarono lungo dodici sessioni preliminari agli incontri tenuti a Roma, «ad un più alto livello», tra il 18 e 19 maggio 1995. FRANJO ZENKO, *Experiences* cit., p. 128 ss.

116 GIOVANNI BARBERINI, *I concordati di Giovanni Paolo II* cit., p. 65. Termine quanto mai improprio, al quale è preferibile quello di «Protocollo di conversazioni tra Santa Sede e Repubblica Federale

quei testi di base alla luce degli ulteriori e più recenti aggiornamenti concretizzati con la stipula di altri cinque accordi tematici, di tipo attuativo e di grado subordinato, con la Chiesa cattolica rappresentata dall'episcopato nazionale e anche attraverso un abbozzo comparativo con gli accordi stesi con le altre comunità religiose.

Lo sviluppo notevolissimo del quadro negoziato che ha posto in risalto l'importanza del *AQG* 1996, che appare la fonte normativa cardine dal cui fusto si è sviluppata la folta chioma negoziale – e nei cui confronti i due coevi accordi risultano integrativi e serventi – ha ricalcato le direttive d'orientamento sia nella tipologia giuridica che negli scopi[117]: 1. rinvio alle norme di base (diritti umani; principi costituzionali; documenti conciliari e *Codex iuris canonici*) da osservare con reciprocità e da cui scaturiscono i principi di collaborazione tra le Parti e di conformazione e uniformazione delle singole norme (*ius singulare*) alle regole di principio; 2. risalto della fondamentale funzione, sia storica che pedagogica, della Chiesa cattolica in Croazia; 3. criterio quantitativo (la maggioranza della popolazione cattolica nel Paese) per la motivazione delle scelte operate e, in generale, dei frequenti sbilanciamenti a favore della Chiesa cattolica[118].

Tali coordinate fanno luce sulla comparazione di questi accordi, molto più articolati e disciplinati nel dettaglio, a fronte dei patti con le altre comunità religiose. Lo squilibrio tra le due angolazioni confessionali (Chiesa cattolica/Comunità acattoliche), tra l'altro, pone in tutta la sua evidenza, la questione concordataria, quale strumentazione non propriamente – ed esclusivamente – giuridica, bensì specchio di una prospettiva universalizzante in cui i rapporti tra Stato temporale e Chiesa portano ad elevare necessariamente la comunità politica verso una dimensione spirituale, pur cogliendone integralmente le componenti storiche[119].

Socialista Jugoslava», per indicare l'arido e sintetico accomodamento formale di rapporti diplomatici «minimali» tra le due Alte rappresentanze. Vedi Fiorello Cavalli, *Verso un regolamento dei rapporti tra la Chiesa e la Repubblica jugoslava*, in *La Civiltà Cattolica* III/1966, pp. 3-14. Si ricordi che la base dei rapporti Stato-Chiesa va ricondotta al Concordato austriaco del 18 agosto 1855, tra Pio IX e Francesco Giuseppe, e, sebbene soppresso in Ungheria, valido in tutti i territori dell'impero e sino al 1918 per la Croazia. Angelo Mercati, *Raccolta di Concordati*, Vol.I, (1098-1914), Tip. Pol. Vat., CdV, pp. 821-830; Amedeo Giannini, *I concordati postbellici*, II, "Vita e Pensiero", Milano, 1936, pp. 271 ss.; Jovan Stefanovic, *Il rapporto tra Chiesa e Stato* (*Odnos izmedu Crkve i Drzave*), Matica Hrvatska, Zagabria, 1953, p. 94; Stella Alexander, *Church and State in Yugoslavia since 1945*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.

[117] L'*AQG* 1996, infatti, contiene gli elementi propri sia del trattato-contratto, sia dell'accordo normativo. Cfr. José T. Martín de Agar, *Passato e presente* cit., p. 640.

[118] Andrea Gianni, *L'accordo tra Croazia* cit., pp. 424-425.

[119] In tal senso, gli sforzi del giurista volti a colmare i vuoti normativi sulla garanzia di reciprocità,

In tale prospettiva esegetica la Chiesa cattolica tende a forzare la *ratio* originaria dell'impianto concordatario – sintomatico, l'abbandono ormai compiuto della consolidata terminologia con l'impiego dell'espressione «Accordo» in sostituzione del tradizionale «Concordato» – trasferendo la *cura religionis* nel nuovo oggetto di tutela, la *cura libertatis religiosae*[120], estensibile sino a comprendere tutte le fedi, indistintamente[121]. La politica ecclesiastica croata sembra, tuttavia, prediligere una via mediana che, nell'assecondare le istanze pluraliste, non intende rinunciare a concedere un *quid pluris* alla Chiesa di Roma. Si tratta di orientamenti al *favor iuris* difficilmente armonizzabili con il separatismo enunciato all'art. 41 Cost., ma che non possono non dirsi coerenti con quelle più profonde motivazioni sociali e nazionalistiche consolidate dal collante dell'identità culturale[122]: tali motivazioni inclinano il baricentro legale decisamente verso una chiesa gerarchica che ha cercato di preservare la propria «visibilità» territoriale ed il contatto con il *populus fidelium*[123].

Posta la collocazione dell'*AQG* 1996 al vertice della piramide normativa, occorrerà concentrarsi sulle norme sancite agli artt. 12, 15, 16 e 17 per focalizzare il legame d'unione con gli accordi coevi e di derivazione con i successivi. Questi ultimi hanno sviluppato una serie di settori «sensibili»: 1.l'insegnamento religioso nelle scuole; 2.la libertà di assistenza spirituale nelle «comunità separate»; 3.le attività caritative e assistenziali; 4.la libertà di

---

indipendenza, autonomia, nonché di parità di trattamento tra differenti fedi, cedono fatalmente sotto le esigenze concrete delle singole esperienze nazionali che, in ultima analisi, dettano tempi e modi di costruzione dell'apparato giuridico confessionale, modellandolo su di sé e sulla propria esperienza storica. Vedi José T. Martín de Agar, *Passato e presente* cit., p. 624.

[120] José T. Martín de Agar, *Ult.loc.cit.*, p. 628. Diffiderei, tuttavia, dal sopravvalutare opzioni verbali, probabilmente dettate da opportunità politiche. Se è indiscutibile la recente tendenza a sostituire il termine «Concordato» con «accordi individuali», a tale variante non attribuirei che il valore di un'operazione formale di natura politico-diplomatica, priva di reale contenuto giuridico.

[121] Ne sia prova l'indirizzo di tutela panconfessionale di cui la Chiesa cattolica nel recente Concordato col Brasile si è elevata a garante neutrale ed oggettivo nei rapporti con lo Stato. Si veda, sul punto, Fabio Vecchi, *Il Concordato brasiliano del 2008: dal "separatismo privilegiario" al "pluralismo concordatario" nel modello pattizio di "Vereinbarung"*, in *Ius Ecclesiae*, Serra ed., Pisa-Roma, 20/2 (2010) pp. 427 ss.

[122] Ivan Padjen, *Church and State in Croatia* cit., p. 63.

[123] La Chiesa cattolica aveva proposto già nel 1990 al Ministero dell'Educazione di introdurre l'insegnamento religioso nelle scuole. Il Ministero rispose con un Piano e Programma di Educazione Religiosa (1991) a beneficio della Chiesa Cattolica, Ortodossa, Evangelica, Avventista e della Chiesa di Cristo dei SS. degli Ultimi Giorni, nonché della Comunità islamica ed ebraica. Cfr. Ivan Padjen, *Ult. loc.cit.*, p. 66. Da tempo la Chiesa cattolica ha ricostituito una organizzazione territoriale in Croazia, con l'arcivescovado di Zadar e quattro metropolie e varie sedi suffraganee: 1.Dakovo-Osjek: Suffraganee: Pozega, Srijem (Serbia); 2.Rijeka: Suffr.: Gospic-Senj, Krk, Poreč i Pula; 3.Split-Makarska: Suffr.: Dubrovnik, Hvar, Kotor (Montenegro), Šibenik; 4.Zagreb: Suffr.: Bjelovar-Krizevci; Krizevci (per i cattolici di rito bizantino), Sisak, Varazdin. *Annuario Pontificio*, LEV, CdV, 2014, p. 1124.

uso dei mezzi di comunicazione sociale. Temi che ora si tenterà di esplorare sinteticamente.

a) Insegnamento della religione cattolica nelle scuole. Il tessuto educativo scolastico delle istituzioni cattoliche in Croazia è diffuso e profondo[124]. Alla sua reintroduzione nella scuola pubblica la Chiesa ortodossa ha reagito con diffidenza e chiusure[125]. Secondo l'art. 15 *AQG* 1996: «La Chiesa Cattolica ha il diritto di erigere istituzioni educative di qualunque grado e di gestirle secondo le proprie norme, nel rispetto delle disposizioni legali della Repubblica di Croazia»[126]. Il Preambolo del coevo *ACEC* 1996 chiarisce le ragioni dello specifico negoziato, menzionando l'«insostituibile ruolo storico ed attuale della Chiesa cattolica in Croazia (…) prendendo atto che la maggioranza dei cittadini (…) fa parte della Chiesa cattolica»[127].

In tal senso l'Accordo riconosce all'insegnamento della religione cattolica pari condizioni con le altre materie obbligatorie (art. 1.1), garantendo il diritto di avvalersene o meno (art. 2.3)[128]. La politica di sostegno finanziario pubblico è generalmente disponibile per la redazione e stampa dei testi (art. 6.2) in favore delle scuole cattoliche parificate (art. 9) e degli Istituti ecclesiastici per la formazione dei docenti (artt. 11.1 e 11.2), nonché in favore delle istituzioni universitarie di Teologia (Facoltà Cattolica di Teologia presso l'Università di Zagabria, ed agli Istituti Teologici affiliati di Dakovo, Makarska, Rijeka e Split) e per quelle erigende (artt. 10.2 e 10.3)[129].

---

[124] ORSAT MILJENIC, *Attuazione degli Accordi* cit., p. 80.

[125] Senza mezze misure il clero ortodosso l'ha bollata come una minaccia per la conservazione della fede, SABRINA P. RAMET, *L'Europa centro orientale* cit., p. 100.

[126] Cfr. CARLOS CORRÁL SALVADOR, *Derecho internacional* cit., p. 310.

[127] Si osservi che il menzionato Preambolo richiama, parificandone il significato, gli artt. 14, 40 e 68 della Cost. e la dichiarazione conciliare *Gravissimus educationis*, oltre al *CIC*.
Salta agli occhi la similitudine con l'art. 9.2 della l. 25 marzo 1985, n. 121, di ratifica dell'Accordo tra Italia e Santa Sede del 1984: «… i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano». Testo nel quale, tuttavia, non ricorrono analoghi criteri sociologico-quantitativi.

[128] Il riferimento all'insegnamento della religione cattolica va inteso secondo i dettami canonistici (cann.802-803 *CIC*), di un'educazione improntata allo spirito cristiano e fondata sui principi di base della dottrina cattolica. Cfr. CARLOS CORRÁL SALVADOR, *Derecho internacional* cit., p. 339. Principi che assicurano l'idoneità professionale, titolo e *status* dei docenti di religione sono assimilabili a quelli degli accordi «minoritari» (art. 3), nei quali ultimi, invece, non v'è traccia di «attività di formazione spirituale nelle istituzioni universitarie» (art. 5). La prospettiva comparata ci avverte, ancora, dell'inesistenza di controlli statali per i contenuti e i libri di testo redatti e presentati dalla Conferenza Episcopale Croata affinché i «competenti organi li integrino nei programmi scolastici» (art. 6).

[129] L'Istituto di Studi Superiori Ecclesiastici (*Filosofski F.D.I.*) è stato eretto il 31 luglio 1989. Una identica istituzione è stata eretta anche presso l'università statale, dove la Croazia vanta un'illustre tradizione storica, risalente al 1669, a Zagabria. La Facoltà Cattolica di Teologia fu chiusa nel 1952 e riaperta nel 1990; i programmi di studio della Facoltà di Filosofia dei Gesuiti sono stati inclusi nei corsi dell'università di Zagabria nel 1993. Una Legge sull'Istituzione di Studi di Alta Forma-

Strumentalmente accorpati al testo, ma meglio inquadrabili in un autonomo accordo tematico, sono due temi di comune interesse. Si tratta dell'accesso della Chiesa cattolica ai mezzi pubblici di comunicazione, compreso il diritto di possederne in proprio (art. 12). Riemerge qui il ruolo fondamentale che per lo Stato giocano i sentimenti dei cattolici e i valori, di ordine etico e religioso, espressi come parametro di riferimento (art. 1.2) per il cui rispetto «la Repubblica di Croazia veglierà» (art. 12.3). La seconda tematica attiene ai beni del patrimonio storico-artistico della Chiesa cattolica, compresi archivi e biblioteche, laddove riaffiora la questione delle origini identitarie, in quanto costituenti una «preziosa parte del patrimonio integrante l'eredità culturale croata» (art. 13.1). Le esigenze di tutela (catalogazione, restauro, salvaguardia ed incremento del patrimonio), specie a fronte di un intervento pubblico che si vuole «sistematico», registrano uno speciale impegno dello Stato che intreccia la destinazione di fondi (art. 13.4) con interventi vagamente lenitivi della dolorosa pagina delle nazionalizzazioni sofferte durante il regime comunista[130]. Analogamente a quanto previsto per le confessioni «minoritarie»[131], anche qui gli sforzi volti alla ricucitura degli espropri incontrano condizionamenti e ostacoli non indifferenti, che riducono l'ambito delle restituzioni ai documenti di carattere storico-scientifico («registri ecclesiastici, anagrafi, cronache e altri libri») (art. 13.5)[132].

Sulla base delle prescrizioni poste all'art. 3.4 del menzionato *ACEC* 1996[133], il 29 gennaio 1999, Stato e Chiesa cattolica in Croazia hanno siglato

---

zione (1993) prevede accordi tra l'università pubblica e tali enti religiosi. Nel 2006 è stata fondata l'Università Cattolica. Vedi Ivan Padjen, *Church and State in Croatia* cit., p. 66. Più recente, lo Spit, eretto il 9 luglio 1999 e lo SJJSO KbFD, eretto il 4 luglio 2005. Cfr. voce Djuro Koksa, «*Croazia*» in *Dizionario degli Istituti di Perfezione,* III (diretto da G.Pelliccia - G.Rocca) Ed. Paoline, Roma, 1976, coll.289-290. Cfr. anche Roland Minnerath, *L'Église catholique* cit., p. 571.

130 Sul *favor fisci* nei confronti delle Chiese in Croazia, come politica riparatoria a fronte degli espropri subiti nel «corso titino», vedi Giovanni Barberini, *Religious freedom* cit., p. 11. A questo, va aggiunta la distruzione come «esito di una politica premeditata e sistematica», da parte delle forze militari guidate dal generale serbo-bosniaco Radovan Karadzic, dei beni storico-artistici della Chiesa cattolica durante la guerra di secessione jugoslava, Sabrina P. Ramet, *L'Europa centro orientale* cit., pp. 104-105.

131 Vedasi par.6, ma anche qui, l'attenzione del governo si è sbilanciata verso le aspettative della Chiesa cattolica.

132 Osserva Carlos Corrál come la questione abbia coinvolto trasversalmente tutti i Paesi dell'ex blocco sovietico (Croazia, Slovenia, Slovacchia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Polonia), i quali hanno dato luogo a soluzioni normative singolarissime, formalizzate attraverso l'introduzione nell'Accordo di specifiche clausole risarcitorie degli spogli subiti. Per la Croazia, Acc. 1996, art. 13.1-5 enuncia un trattamento programmatico equivalente all'Accordo di Spagna (Preambolo e art. XV). Cfr. Carlos Corrál Salvador, *Derecho internacional* cit., p. 368-371 e rinvio alla nota n. 114.

133 Art. 3.4, *ACEC* 1996: «I programmi e le modalità di svolgimento dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole di ogni ordine e grado saranno oggetto di particolari intese tra il Governo della

uno specifico Accordo sull'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche e sull'educazione religiosa negli istituti prescolastici[134]. Si tratta di un accordo attuativo, servito in gran parte di modello per gli accordi con le comunità religiose, che ne richiamano i criteri[135]. Ma già dal confronto tra norme similari traspare la puntigliosa disciplina rivolta verso la Chiesa cattolica[136] mentre, ancora più attenta di quanto non sia la rigida normativa vigente per le altre comunità religiose, appare quella relativa ai titoli professionali dei docenti nelle scuole pubbliche elementari e medie e negli istituti prescolastici (art. 6).

Il pilastro ermeneutico dell'intero accordo, a fianco della centralità della Chiesa cattolica esplicitata nel Preambolo, risiede nell'art. 11.1, secondo cui: «Le tradizioni religiose cattoliche sono profondamente radicate nel patrimonio culturale croato, fatto che verrà preso in considerazione nel sistema scolastico pubblico …». Da qui, la ragione del ruolo chiave assegnato al Vescovo diocesano e alla CEC nelle reciproche competenze e nei significativi interventi pedagogici nel quadro delle attività scolastiche, pur nel rispetto delle prescrizioni civili.

Quanto al Vescovo diocesano, ci basti la sua approvazione dei libri di testo (art. 4.2) e la concessione della *missio canonica*, quale specifico mandato ecclesiale attestante l'adeguatezza della persona e l'attitudine a svolgere il delicato compito della docenza (art. 5.1)[137]: mandato talvolta conferito in via

---

Repubblica di Croazia e la Conferenza Episcopale Croata». Većeslav Tumir, *L'insegnamento* cit., pp. 193 ss. Nel 2001 la Chiesa avviò gli sforzi per introdurre l'insegnamento della religione cattolica negli asili non senza critiche ed opposizioni da parte di chi, ravvisandovi l'avvio di un «monopolio cattolico» sulla formazione religiosa dell'infanzia, sosteneva che un tale accordo violava il principio costituzionale di non discriminazione confessionale. Cfr. Sabrina P. Ramet, *L'Europa centro orientale* cit., p. 109. Dell'indicato avviso, tra le voci critiche, affermando che la legge croata stava dando vita ad un sistema confessionale per «livelli di casta», dove all'apicalità della Chiesa cattolica sarebbe corrisposta la subordinazione della altre fedi, si colloca Siniša Zrinšcak, *Religion and society in tension in Croatia: social and legal status of religious communities,* in James T. Richardson (a cura), *Regulating religion: case studies from around the globe,* Dodrecht and New York, 2003, pp. 309 ss.

[134] I recenti dati statistici sull'adesione all'insegnamento della religione cattolica sono poco confortanti solo per gli istituti prescolastici (43,83%). Nikola Eterovic, *Accordi stipulati tra la Santa Sede e la Croazia nel 1996 e nel 1998*, in *Santa Sede e Croazia* cit., p. 71.

[135] Così, circa l'età dello studente (15 anni), in rapporto alla quale potrà essere formulata all'istituto scolastico la domanda di insegnamento o il numero minimo di alunni (sette) necessario a comporre il gruppo educativo (artt. 1.3 e 1.5). Così, per la parificazione piena dei libri di testo di religione a quelli su materie obbligatorie (art. 4.1).

[136] Si osservi, ad esempio, l'esigenza di sottolineare sin dalle prime battute del testo, una volta compiuta la scelta, «l'obbligatorietà» di detto insegnamento (art. 1.1), o il «dovere» dell'autorità ecclesiastica di offrire ad alunni e genitori le «informazioni necessarie su scopi, contenuti e finalità» dell'insegnamento religioso (art. 2).

[137] È questo uno dei settori nei quali l'affrancamento degli Stati danubiani (Cechia, Slovacchia,

eccezionale (art. 6.5), ma pur sempre revocabile (artt. 5.3 e 5.4).

La CEC è la spina dorsale del sistema di insegnamento e mutua un ruolo di centralità e di confronto, sia circa le proposte collaborative con le autorità civili[138], sia per i *placet* e i controlli[139]. Questa, inoltre, esercita funzioni direttive su un complesso burocratico facente capo all'Ufficio Catechistico Nazionale: struttura di vertice alle cui dipendenze è posto il corpo docente e quello amministrativo dei consiglieri[140].

b) Libertà di assistenza spirituale. La materia disciplinata all'art. 16 *AQG* 1996 ha registrato un notevolissimo sviluppo, sulla scia di un'epica indipendentista che riscuote largo seguito[141]. Il coevo *AAR* 1996 ricalca il modello tipico che assume formulazioni più intense – la promozione dell'assistenza religiosa «in maniera stabile e conveniente» – nei Paesi dell'ex blocco sovietico, quasi volendo accogliere la volontà universalizzante della pastorale militare, all'indomani della Cost. apostolica *Spirituali Militum Curae* (21 aprile 1986)[142].

La Croazia, dunque, accoglie pienamente, salvo poche specificità[143], l'i-

---

Ungheria, Slovenia e Croazia) dall'URSS è lampante, al punto da essere evidenziato dagli stessi testi negoziali. La base dell'Accordo, che segue il modello dell'analogo spagnolo, fonda la disciplina nella «insostituibile funzione storica ed attuale e nell'educazione cattolica e morale della Chiesa cattolica» (Preambolo). Cfr. Carlos Corrál Salvador, *Derecho internacional* cit., p. 311.

138 La CEC consegna al Ministero dell'Istruzione l'elenco delle scuole ecclesiastiche abilitate al rilascio dei titoli professionali di insegnamento (art. 7); con detto Ministero, si «prende cura dell'aggiornamento professionale permanente degli insegnanti di religione» (art. 8); con il Governo, nomina una Commissione mista per l'eventuale soluzione di problemi applicativi (art. 13). Sulla CEC ed il suo ruolo nella società civile croata, vedi Vjekoslav Perica, *Balkan Idols* cit., pp. 190 ss.

139 La CEC elabora i piani e programmi scolastici (art. 3.3); conferisce l'*imprimatur* ai libri di testo (art4.1); nomina i «consiglieri», ossia i responsabili del coordinamento scolastico (art. 10.2); precisa i regolamenti ministeriali disciplinanti le procedure si esame di progressione interna dei docenti a consiglieri o guide (art. 9).

140 Si intendono per «consiglieri per la catechesi nelle scuole» i responsabili dell'esercizio dell'insegnamento religioso in tutte le scuole e istituti pre-scolastici pubblici, che sono alle dipendenze del Vescovo diocesano, presso gli Uffici catechistici diocesani (artt. 9 e 10.3). Sono «consiglieri superiori» gli operatori nominati dalla CEC che svolgono una funzione di controllo sulle attività scolastiche, presso l'Ufficio Catechistico Nazionale (art. 10.2).

141 Durante la Guerra balcanica degli anni '90, circa 160 sacerdoti hanno prestato assistenza spirituale ai soldati croati in zona d'operazioni. Cfr. Orsat Miljenic, *Attuazione degli Accordi* cit., p. 80; Ivan Padjen, *Church and State in Croatia* cit., p. 76; Franjo Zenko, *Experiences* cit., p. 131.

142 Giovanni Paolo II insistette molto sulla natura di «circoscrizioni ecclesiastiche particolari e giuridicamente assimilate alle diocesi (formate sulla base di) Accordi tra la Santa Sede e i rispettivi Governi». La formula interpretava le esigenze di una pastorale da far aderire, negli Accordi posteriori al 1986, e specialmente agli Stati danubiani, quali Croazia, Slovacchia e Ungheria, in cerca di identità. Cfr. Carlos Corrál Salvador, *Derecho internacional* cit., p. 238.

143 Ad es. il cumulo di cariche tra Ordinario militare e Vescovo diocesano (art. 1.3): il «libero conferimento» della nomina da parte del Romano Pontefice, previa notifica al Governo croato (art. 2). Per una prospettiva comparata, si veda Fabio Vecchi, «*Ordinario militare*» (voce di aggiornamento),

spirazione ecclesiale wojtyliana che individua nell'Ordinariato castrense una Chiesa «tutta ministeriale» e di servizio, ritagliata sullo speciale *coetus fidelium* dei militari[144].

Ad ulteriore conferma dell'attenzione riservata ai fedeli cattolici nei corpi militari e di Polizia, il 3 dicembre 1998 è stato emanato lo Statuto sulla struttura e l'attività dell'Ordinariato Militare della Repubblica di Croazia, con il duplice scopo di organizzare l'applicazione sistematica di tale assistenza e di coordinare la cooperazione tra gli operatori ivi impegnati (art. 1), fissando «i fondamenti della struttura, delle attività e delle competenze dell'Ordinario militare» (art. 2).

Figura centrale del Regolamento sono i «decanati in senso pastorale e le Cappellanie militari, istituite in tutte le strutture organizzative del Ministero degli Interni e del Ministero della Difesa e relative Scuole di formazione» (artt. 5 e 6)[145].

All'art. 16.1 *AQG* 1996 ha dato seguito anche l'Accordo sulla cura pastorale nei penitenziari, nelle carceri e negli istituti di rieducazione (12 settembre 2002). L'accordo attuativo designa le competenze degli attori ecclesiali[146].

---

in Volume Aggiornamento XV della Enciclopedia Giuridica, Istituto dell'Enciclopedia Italiana G.Treccani, Roma, 2007, pp. 1-4.

[144] Lo stabilimento dell'Ordinariato militare in Croazia risale al 25 aprile 1997. *Status* dell'Ordinario militare (art. 1) e dei coadiutori (art. 3); organizzazione interna dell'Ordinariato (art. 4), giurisdizione (art. 5), inquadramento militare in base al servizio (art. 6), comunicazione interna (art. 7), sede (art. 8) e finanziamenti statali (art. 9).

[145] Il Regolamento offre una nozione di entrambe le figure: per i decani (art. 7) ricavandoli dagli obblighi (anche ex, can.*553-555 CIC*) e dalle funzioni di mantenimento dei contatti a livello dei comandi dello Stato Maggiore nonché di coordinamento e organizzazione dell'attività pastorale; per le Cappellanie, descrivendole come unità territoriali o strutture organizzative di tipo personale, designate dall'Ordinario militare (art. 8).
Figure mediane, tra dipendenti della P.A. e collaboratori episcopali, i cappellani percepiscono retribuzioni statali con stipendi equiparati (art. 14) e diritto alla pensione (art. 15) e spetta alla P.A. assicurare loro «adeguato luogo per il servizio religioso» (art. 9) e «di lavoro» (art. 17) e un alloggio (art. 18). D'altra parte, all'Ordinario castrense spetta unicamente la nomina del cappellano, di cui dovrà «informare per iscritto il Ministero» (art. 13.1) e il procacciamento di un *celebret*, documento comprovante l'incarico per l'assistenza spirituale (art. 19). Lo Statuto disciplina anche le modalità pratiche di applicazione dell'assistenza militare, ossia nei poligoni militari e negli accampamenti (art. 21), durante le esercitazioni (art. 22), nel contesto del giuramento (art. 23), ed anche fuori dell'ambito militare (art. 24) come nell'organizzazione di pellegrinaggi (art. 25). L'impegno collaborativo con l'Ordinariato viene assicurato anche dal rispetto dei Comandi militari ad assicurare l'adeguata informazione e la proposizione di «adeguate conferenze (…) sui principi religiosi e le questioni morali», con incontri periodici (settimanali) tra militari e cappellani (artt. 27-29).

[146] La CEC, con ruoli direttivi, di eventuale correzione dell'accordo (artt. 4.5 e 10), di designazione del Vescovo competente alla cura pastorale (art. 2) e degli operatori pastorali (art. 4.1); il Vescovo «coordinatore» che è deputato al controllo sull'effettivo svolgimento della cura pastorale; il cappellano del carcere, «operatore pastorale» (art. 3.1) dai contorni mobili, potendo le sue funzioni

Per questi operatori l'accordo prevede un contratto di lavoro e la definizione dei criteri per la determinazione retributiva (artt. 4.2 e 4.4). L'intera materia, data la delicatezza tematica, è collegata da accordi di rinvio e di dettaglio in rispetto delle leggi civili e dei regolamenti carcerari[147].

Degno di nota è l'art. 9 che assicura al recluso cattolico il contatto con i sacramenti (comunione, matrimonio) e l'esercizio della confessione, e specialmente la norma che intende garantire il battesimo agli infanti nati nei penitenziari, assicurando, ove possibile, il rito «nella Chiesa parrocchiale più vicina» (art. 9.2).

c) Attività caritativa ed assistenziale. Secondo l'art. 17.3 *AQG* 1996, le Parti «si accorderanno sulla mutua collaborazione delle proprie istituzioni caritative ed assistenziali». Sono molti i punti di contatto interpretativo tra questa disposizione e l'Accordo-quadro su questioni economiche del 9 ottobre 1998.

Tra gli altri, risalta l'art. 6.1 *AQE* 1998 attraverso il quale le autorità croate ribadiscono, dopo averlo espresso nel Preambolo[148], le valenze pedagogiche dell'azione sociale della Chiesa nella vita del Paese, riconoscendo «il valore di utilità sociale del lavoro svolto dalla Chiesa Cattolica a servizio dei cittadini nel campo culturale, educativo, sociale ed etico…».

L'*AQE* 1998 integra il complesso negoziale del 1996 condividendone la natura giuridica di accordo-quadro, ma conservando una specifica valenza strategica. Sotto il profilo materiale si tratta di un patto bifronte, che guarda diacronicamente al passato e al futuro. Nella proiezione in avanti, insiste sul tema della politica ecclesiastica governativa di finanziamento pubblico del fattore religioso, ossia a quell'orientamento che innerva profondamente il sistema del diritto ecclesiastico croato[149]; in retrospettiva, propone soluzio-

---

essere estese, nei casi urgenti e dietro «specifico mandato scritto del Vescovo locale», ad un diacono permanente o ad una religiosa (art. 3.2).

[147] In tal senso l'accordo si pone come strumento di dialogo con la dirigenza carceraria e le autorità giudiziarie, al fine di garantire al recluso uno spazio di libertà dell'esercizio spirituale «in conformità (…) con le attività dei penitenziari», sia per i riti, che per i colloqui spirituali (art. 5.5), sia per la settimanale visita pastorale (art. 6). In ogni caso, delle eventuali misure restrittive adottate dal giudice, con l'allontanamento del carcerato dai riti «per il mantenimento della sicurezza e dell'ordine», e di durata sempre temporanea, l'operatore pastorale dovrà essere informato (art. 8.1-3).

[148] «… tenendo in considerazione la Repubblica di Croazia il grande ruolo della Chiesa Cattolica nell'attività sociale, educativa, culturale e caritativa». Preambolo *AQE* 1998. Cfr. anche artt. 2.2; 11 e 12.2. Cfr. Andrea Gianni, *L'accordo tra Croazia* cit., pp. 423 ss.

[149] In sede parlamentare l'argomento è stato oggetto di trattative complesse e di dibattiti serrati specialmente insistenti sull'opportunità (bozze di progetto 1995) di mantenere il solo sistema impositivo croato, o di un adottare il modello italiano dell'8/°°°, come è poi avvenuto nel testo definitivo dell'*AQE* 1998. Franjo Zenko, *Experiences* cit., pp. 132 ss.; Nikola Eterovic, *Accordi stipulati* cit., p. 69 e, più in dettaglio, Id., *Tratees* cit., pp. 401-402. Lo Statuto della CEC, art. 33, menzione il contributo pubblico dell'*AQE* 1998, tra le entrate finanziarie della Chiesa cattolica.

ni – in modo senz'altro più analitico di quanto non sia dato negli accordi «minoritari»[150] – alla questione delle restituzioni degli espropri ideologici d'epoca comunista[151].

Curiosamente, l'*AQE* 1998 associa due questioni distinte: il finanziamento alla Chiesa cattolica e le restituzioni patrimoniali, per le quali prevede tre modalità (artt. 2.1 e 2.2)[152], insistendo tuttavia sul dato oggettivo della «possibile restituzione, secondo le disposizioni legislative» (artt. 2.1 e 3.1) ed effettuando una «appropriata compensazione» in caso di impossibilità (art. 4).

Una Commissione mista *ad hoc* è deputata a provvedere alle principali esigenze organizzative (redazione di un elenco dei beni da restituire, scadenze ecc.), mentre un'apposita Commissione tecnica ha lo scopo di fissare l'importo dei compensi (art. 5.2)[153].

L'*AQE* 1998 dà notevole spazio anche all'organizzazione ecclesiastica diffusa sul territorio. La figura del Vescovo diocesano emerge come soggetto per l'accordo e l'amministrazione a livello locale di attività ritenute di generale utilità sociale (artt. 2.2; 6.1; 11; 12.2). La CEC è attore principale del dialogo con il Governo, sia per le restituzioni che per i finanziamenti; redige la lista annuale aggiornata delle parrocchie che beneficeranno degli aiuti statali (art. 6.3)[154]; è deputata all'erezione dell'Istituto Centrale di Sostentamento del Clero (art. 7.1); gestisce, attraverso il Fondo Centrale, som-

---

[150] Cfr. par.6.

[151] Si rinvia anche all'art. 13.5 *ACE* 1996, che si dedica specificamente alle misure satisfattorie circa gli espropri del patrimonio documentale e archivistico della Chiesa cattolica. Quanto ai beni ad oggi restituiti alla Chiesa cattolica, Orsat Miljenic, *Attuazione degli Accordi* cit., p. 82.

[152] Si tratta di tre modalità: 1.*restitutio in integrum*; 2.devoluzione per equivalente (per i beni che non è possibile restituire); 3.compensazione risarcitoria in danaro (ex art. 5.1). Ciascuna delle quali ha precise modalità di attuazione. Per la prima ipotesi, (art. 3) si fissa uno spazio di tempo ragionevole e una Commissione mista; per la seconda, (art. 4) si converrà per mutuo accordo l'opportuna sostituzione secondo le modalità definite da una Commissione mista; per la terza, (art. 5) l'importo di valore sarà determinato da detta Commissione.
Quella menzionata all'art. 2 *AQE* 1998 è una clausola risarcitoria aggiuntiva di carattere generale sui beni della Chiesa che si raccorda con la specifica clausola risarcitoria contemplata nell'Accordo Croazia 1996 e che ha un'analogia con l'Accordo Ungheria, 20 giugno 1997, c.I, art. 4.3 e c.II, art. 1.

[153] Strategico, il ruolo della Commissione mista, cui è rimesso il compito di stilare un inventario dei beni confiscati per i quali sussiste un'esigenza primaria di restituzione. Il problema va visto su una duplice prospettiva giuridica: quella degli obblighi derivanti da accordi internazionali e dalla Legge di restituzione. Tutto ciò, considerato sia l'eventuale intervento dei diritti quesiti sui beni confiscati da parte di terzi soggetti, sia non trascurabili problemi interpretativi dovuti alla redazione della legge. L'espressione «appropriata compensazione» impiegata usualmente nei testi internazionali, infatti, è sconosciuta all'ordinamento croato. Cfr. Orsat Miljenic, *Attuazione degli Accordi* cit., pp. 81-82.

[154] Un duplice criterio generale, valido anche negli Accordi minoritari (cfr. par.6) limita quantitativamente i finanziamenti pubblici alle parrocchie con meno di 3000 fedeli o ai villaggi con meno di 1000 (art. 6.3) e, qualitativamente, li rapporta alla natura delle attività funzionali al culto o alle opere di carità (art. 6.4).

me risarcitorie destinate alle Arci/diocesi e agli Istituti di Vita Consacrata e Società di Vita Apostolica un tempo espropriati (art. 5.3)[155]; sovrintende, attraverso gli Istituti per il Sostentamento del Clero, alle retribuzioni di tutti gli impiegati ecclesiali (art. 8).

Il principio di piena disponibilità al finanziamento pubblico della Chiesa cattolica è integrato da ampie misure esentative, convergenti nella defiscalizzazione delle donazioni: «elemosine, offerte (…) ed altre forme di contributi tradizionali per il mantenimento delle istituzioni ecclesiastiche» (art. 1) e nell'esenzione tributaria a favore delle persone giuridiche ecclesiastiche, che « …saranno considerate Istituzioni senza fine di lucro» (art. 10).

L'art. 9 *AQE* 1998 provvedeva anche, con una soluzione temporanea, ad una questione aperta « (…) finora non risolta in modo sistematico» circa le pensioni del clero ultra sessantacinquenne, con un'erogazione tratta dai fondi statali, per i primi dieci anni di vita dell'Accordo. A questo intervento è seguito, il 26 febbraio 1999, uno specifico Accordo di accomodamento, volto a precisare la misura effettiva, flessibile, dell'importo finanziario di cui lo Stato si è fatto carico e volto a sostenere l'attività della Chiesa cattolica in Croazia e a risolvere la questione pensionistica del clero (artt. 1.2 e 1.3)[156].

È utile osservare che l'accordo, nel fissare il tetto dell'importo a beneficio della Chiesa cattolica a 190 milioni di *kune* per l'anno 1999 (art. 3), oltre a richiamare i principi ispiratori e giustificativi di tale misura (il valore «socialmente utile (del) lavoro della Chiesa Cattolica nel campo culturale, educativo, sociale ed etico»), esorta la CEC individuando in essa tutte le «istituzioni che si prendono cura della distribuzione e dell'utilizzazione dei mezzi finanziari, (all'obbligo di) osservare le leggi della Repubblica di Croazia sugli affari finanziari» (art. 4).

d) Libertà nell'impiego dei mass-media. Il 27 luglio 2000, precedendo di poco una Legge sulla Radiotelevisione Croata (2001)[157], la CEC ha siglato con le autorità croate, in ossequio all'art. 12.2 *AQG* 1996, un Accordo di regolamentazione sull'uso dei mezzi radiotelevisivi[158].

---

[155] Federazione degli Istituti di Vita Consacrata e Società di Vita Apostolica (*Hrvatska Konferencije Visih Redovnichkih Poglavara i Poglavarica, H.K.V.R.P.P.*), eretta il 15 maggio 1968, Conferenza Unificata (12 febbraio 2011), in *Annuario Pontificio*, CdV, 2014, p. 1706. Djuro Koksa, «*Croazia*», in *Dizionario degli Istituti di Perfezione* cit., coll.289-290.

[156] Accordo sulle modalità di attuazione dei rispettivi obblighi finanziari della Repubblica di Croazia verso la Chiesa cattolica, 26 febbraio 1999.

[157] L'art. 5, 2.1 della Legge obbliga l'emittente pubblica ad informare sugli eventi religiosi. Cfr. Ivan Padjen, *Church and State in Croatia* cit., p. 70.

[158] Con una disciplina più estesa degli Accordi minoritari, i quali non contemplano forme di comunicazione radiotelevisive per le Comunità confessionali, l'Accordo è, per altro verso, limitato alla

Gli obblighi cui sono astrette le strutture emittenti, in un'ottica di «servizio»[159], riguardano le offerte tematiche del palinsesto che differiscono sostanzialmente nell'ampiezza degli approfondimenti[160].

Lo spirito collaborativo tra le Parti appare ancora in alcuni specifici aspetti che prevedono un accordo tra CEC e vertici radiotelevisivi, relativamente alla nomina dei caporedattori responsabili dei notiziari (art. 7) e circa la programmazione delle celebrazioni liturgiche (art. 10); il mutuo accordo dovrà sostenere la scelta di «interlocutori preparati» nella conduzione di programmi su tematiche sensibili, teologico-etiche o di storia della Chiesa (art. 9).

Desta un certo interesse l'inserimento nell'accordo di due norme di principio che non condividono la natura regolamentare del testo e che, nel rinviare all'ecumenismo religioso (art. 8) e al criterio quantitativo confessionale, danno l'impressione di voler riequilibrare verso una prospettiva pluralista il contenuto del patto[161]. Specialmente dall'art. 13 si coglie l'intenzione di

---

sola ipotesi di accesso ai mezzi di comunicazione sociale per la Chiesa cattolica, nulla dicendo circa il diritto pur riconosciuto nell'*AQG* 1996, ad istituire proprie emittenti. Osserva Corrál Salvador che il diritto di libertà di espressione attraverso i mezzi di comunicazione sociale ha varie modalità di esercizio: 1.assicurandosi una adeguata presenza negli enti televisivi; 2.istituendo propri *mass-media*; 3.servendosi del diritto di accesso (assegnazione di spazi di programmazione). In tal modo questo diritto dà luogo ad uno strumento giuridico che permette l'esercizio di libertà d'espressione dei gruppi sociali e politici più importanti. Gli Stati slavo-danubiani si sono tutti avvantaggiati, in diversa misura, di questa modalità: oltre alla Croazia, infatti, vanno enumerati la Bosnia-Erzegovina, Accordo 2006, art. 12; la Slovenia, Accordo 2001 art. 7 e la Slovacchia, Accordo 2000, art. 18.3. Carlos Corrál Salvador, *Derecho internacional* cit., pp. 351 ss.

[159] L'art. 1 ha valore di Preambolo ed illustra le ragioni dell'accordo, gli obblighi conseguenti e le modalità operative dell'attività di programmazione e si sottolinea nuovamente il «servizio che la Chiesa svolge nella società», ragion per cui lo Stato «si impegna a rispettare i principi della libertà religiosa e i sentimenti dei fedeli nell'ambito di una società pluralista, in quanto valori umani fondamentali di natura religiosa ed etica» (art1.1). Il rispetto delle libertà religiose e delle «esigenze (religiose) della società croata» impone una regola di sapore deontologico, giacché la Radiotelevisione «informerà sulla vita della Chiesa cattolica in Croazia e nel mondo, in modo professionale ed oggettivo» (art. 2.2). L'art. 2 sottolinea la correlazione tra l'accordo tra le Parti sui programmi ed il rispetto della legge. Tutti i programmi trasmessi per radio e per televisione sono concordati tra la CEC e le rispettive redazioni religiose e sono parificati, nei diritti e nei doveri stabiliti dalla legge sulla radiotelevisione croata, agli altri programmi di analoga tipologia.

[160] I programmi radiotelevisivi danno informazioni su riti, notiziari, cronache di eventi, dibattiti e commenti, tematiche educative di cultura confessionale ma, mentre per i canali televisivi l'informazione è a largo raggio, dedicandosi alla cronaca di «eventi ecclesiastici importanti in Croazia e nel mondo» (art. 3, f) e «utilizzando anche proposte internazionali» (art. 4.), la radiodiffusione è attenta all'ambito locale della Chiesa regionale, realizzando programmi nati dall'accordo collaborativo con i preposti uffici arci/vescovili (art. 6).

[161] Art. 8: «La CEC si impegnerà, ovvero provvederà, affinché gli impiegati ecclesiastici nei loro interventi mediatici sviluppino uno spirito di solidarietà ecumenica e di dialogo consono con la missione della Chiesa nel mondo contemporaneo». Vedi anche Ivan Padjen, *Church and State in Croatia* cit., p. 70.

ritagliare spazi di garanzia a favore delle altre confessioni religiose e diradare qualche legittimo dubbio sull'effettività del principio separatista[162]. Al netto dell'incomprensibile tono giustificativo, la norma resta apprezzabile, tenuto conto dell'inconsistenza disciplinare dell'analoga previsione presente negli accordi con le altre comunità religiose.

6. *Le confessioni religiose diverse dalla cattolica: un'impostazione di politica ecclesiastica aperta e dialogante*

È piuttosto singolare la circostanza che l'ordinamento croato abbia inteso munirsi di un duplice strumento per disciplinare il fenomeno religioso, quantificabile attualmente in 44 espressioni confessionali[163], rendendo possibile l'alternativa della via unilaterale legislativa e la bilaterale negoziata[164].

Effettivamente, la Legge generale sullo *status* giuridico delle Comunità religiose (2002)[165] preconizzata agli artt. 40, 41 e 88 Cost. Croata (2001), si pone come normativa garantista fondamentale e sufficiente, giacché il testo coglie complessivamente le questioni che interessano le realtà confessionali nel rapporto con lo Stato. E tuttavia, ad una più attenta lettura della legge, si scopre che il rinvio ad accordi che circoscrivano, puntualizzino o attuino i principi posti astrattamente assurge a regola ordinaria di inquadramento delle relazioni Stato-Chiesa[166].

Che, poi, la «via negoziata» non costituisca una surrettizia «via di fuga»

---

[162] Art. 13: «Il presente Accordo (…) presuppone il diritto della Radiotelevisione Croata di stipulare determinati accordi e/o intese sulla produzione e la trasmissione di programmi religiosi dedicati ad altre Chiese e comunità religiose, tenendo conto della loro rappresentatività numerica nella popolazione della Repubblica di Croazia e di altri criteri oggettivi». Resta il fatto che solo per la Chiesa cattolica è prevista (e, analogamente, Accordo Slovenia 2001, art. 7) la capacità di erigere e gestire liberamente in suo proprio nome enti radio-tv, isolatamente o con terzi soggetti. Cfr. Carlos Corrál Salvador, *Derecho internacional* cit., pp. 356.

[163] A tale numero ammontano le Comunità religiose attualmente iscritte nel Registro delle Comunità Religiose in Croazia.

[164] La singolarità appare anche più evidente se confrontata con la soluzione italiana, per la quale la necessità della stipula di accordi con le confessioni minoritarie è suggerita dalla «inidoneità a regolare i reciproci rapporti» della precorsa, e tuttora vigente, legislazione sui culti ammessi del 1929-'30. Cfr. Intesa tra Governo Italiano e Assemblee di Dio in Italia (in seguito, *ADI*), Preambolo, in *Codice del diritto ecclesiastico* (a cura di S. Berlingò - S. Casuscelli), Giuffré, Milano 1990, p. 280.

[165] L. n. 01-081-02-2643/2 del 4 luglio 2002. Si noti che la Prima Jugoslavia adottò tra il 1929 e il 1930 un sistema legislativo confessionale compiuto, abbracciante le maggiori confessioni: Ortodossi ed Ebrei (1929), Islamici, Evangelici e Cristiani riformati (1930). Così, Ivan Padjen, *Church and State in Croatia* cit., p. 59.

[166] Tale scelta di politica legislativa ecclesiastica indica un chiaro orientamento del legislatore croato verso il modello giuridico occidentale, e specialmente italiano.

disciplinare, né una mera alternativa della politica governativa sul fattore religioso, sembra confermato dall'art. 9.1 della citata legge generale, che prevede la possibilità incondizionata che il Governo stipuli accordi su questioni di interesse comune con uno o anche più soggetti (*rectius* «comunità») confessionali, se le caratteristiche tra gruppi siano assimilabili, e dalla previsione all'art. 9.2 della Commissione per i Rapporti con le Comunità Religiose – l'organismo permanente competente in materia-, in grado di assicurare rapporti stabili di dialogo tra le Parti, in un'ottica collaborativa.

Rimane incontestabile il fatto che, solo a seguito del varo di questa legge, l'ordinamento croato si è gradualmente provvisto di un ventaglio di Accordi, ad oggi sei, coinvolgenti 16 tra Chiese e Comunità religiose, con: Chiesa Ortodossa Croata e Serba (2002); Comunità Islamica (2002); Chiesa Evangelica Protestante (Luterana)-Chiesa Cristiana Riformata (2003); Chiesa Evangelica Pentecostale-Chiesa Avventista-Battista (2003); Chiesa Ortodossa Bulgara-Chiesa Vetero-Cattolica-Chiesa Ortodossa Macedone (2003); Unione della Comunità Ebraica *Bet Israel* (2011)[167].

Questi accordi garantiscono la «copertura normativa» verso le principali comunità – islamici, ebrei, nonché la poliforme variante ortodossa e delle Chiese protestanti-riformate – presenti in un Paese che si dichiara a maggioranza cattolica[168].

Occorre preliminarmente avvertire che il testo degli accordi è precostituito sul canovaccio originale degli accordi siglati con la Chiesa cattolica e, più organicamente, sull'accordo con la Chiesa Ortodossa Croata e Serba in Croazia (20 dicembre 2002) e in rapporto al quale è dato registrare varianti minime nei successivi patti. Ciò indica stabilità nella politica ecclesiastica perseguita dal Governo, orientato in favore dell'omologazione delle confessioni acattoliche, in conformità con una posizione di non coinvolgimento e di equidistante terzietà che ha una conferma nell'oggettiva politica di sostegno finanziario pubblico paritario.

Per altro verso va segnalata, da un lato, l'estrema sintesi delle disposi-

---

[167] A questo gruppo negoziale andrebbe aggiunto un più recente Accordo stipulato con l'Alleanza delle Chiese Battiste in Croazia ed uno con la Coordinazione delle Comunità Ebraiche, elevando così ad otto gli accordi confessionali «minoritari» vigenti in Croazia. Vedi Orsat Miljenic, *Attuazione degli Accordi* cit., p. 77.

[168] 1. Chiesa Ortodossa Croata e Serba in Croazia, 20 dicembre 2002 (in seguito, più semplicemente, *COCS*); 2. Comunità Islamica in Croazia, 20 dicembre 2002 (in seguito, *CI*); 3. Chiesa Evangelica Protestante (Luterana) – Chiesa Cristiana Riformata in Croazia, 4 luglio 2003 (in seguito, *CEPL-CCR*); 4. Chiesa Evangelica Pentecostale – Chiesa Avventista-Battista in Croazia, 4 luglio 2003 (in seguito, *CEP-AB*); 5. Chiesa Ortodossa Bulgara – Chiesa Vetero-Cattolica – Chiesa Ortodossa Macedone in Croazia, 29 ottobre 2003 (in seguito, *COB-VC-OM*); 6. Unione della Comunità Ebraica *Bet Israel* in Croazia, 27 ottobre 2011 (in seguito, *UCE*).

zioni e, dall'altro, il ridotto ed insufficiente rinvio ad accordi di secondo livello attuativi dei principi negoziati: circostanze che denotano l'intenzione del legislatore di conservarsi un neppur troppo residuo spazio di controllo per l'ulteriore disciplina di dettaglio. Un breve Preambolo che richiama le disposizioni di base (art. 40 e 41 Cost. e art. 9 della citata Legge generale confessionale)[169] accompagnato da una succinta descrizione dell'organizzazione confessionale sul territorio cui accede con un po' di enfasi il richiamo al suo «ruolo in campo religioso, culturale ed educativo», introduce all'elencazione delle materie regolate[170].

Occorre anche aggiungere che gli accordi si orientano secondo due criteri direttivi frequentemente richiamati: il principio di rispetto e conformazione delle disposizioni negoziate alle leggi dello Stato e il principio di collaborazione tra le due Autorità. Tale ultimo criterio è, non casualmente, coniugato con la formula «indipendentemente dal credo religioso», a confermare che l'intendimento dell'Accordo è quello di operare e favorire le migliori condizioni di espressione della libertà religiosa, in un contesto che garantisca il pluralismo e la tolleranza[171].

Nel riconoscimento della personalità giuridica da parte delle autorità civili gli accordi tengono a precisare che le Comunità godevano della personalità giuridica «già prima dell'entrata in vigore della legge»[172]. Il principio della libera organizzazione in piena autonomia delle confessioni religiose

---

[169] Altre volte, art. 30 §3, Legge sul Governo croato, GU 101/98, 15/2000 e 17/2001.

[170] Volendo sintetizzare l'ordine delle tematiche oggetto di interesse comune, gli accordi ruotano su tre macro-settori, il primo dei quali, sulla libertà organizzativa della Chiesa-Comunità religiosa (artt. 1-7) raccoglie un complesso di questioni che vanno dal riconoscimento della personalità giuridica della Chiesa, alla libertà di scelta del Vescovo-ministro di culto rappresentativo, alla libertà di costruire edifici di culto, alla libertà di stampa. Un secondo settore è dedicato alla libertà di insegnamento negli istituti di formazione pubblica (non si fa cenno all'Università), dall'asilo alle secondarie superiori (artt. 10-15); un terzo ambito attiene alla cura ed assistenza pastorale nei cd. luoghi separati o a limitata libertà (artt. 17-22).
A sé stanti sono contemplate pur rilevanti materie (matrimonio; finanziamento pubblico delle Chiese; disciplina dei beni storico-culturali di interesse religioso). Le norme di chiusura attengono alla competenza di aggiornamento del testo, rimesse ad una Commissione mista, all'interpretazione e modifica ed entrata in vigore dell'accordo.

[171] Esso è replicato nei primi quattro accordi all'art. 1, affiancato da una legenda terminologica che descrive la qualifica giuridica del ministro o operatore «religioso» dell'ente rappresentativo e della gerarchia ecclesiastica secondo la confessione d'appartenenza. Art. 1 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB*. Art. 2 *COB-VC-OM* e *UCE*.

[172] Tale precisazione assume un notevole significato che dà profondità all'impianto legale di pur recente costruzione: il legislatore croato con la Legge sulle fondazioni (1995) e le due Leggi sulle associazioni (1997 e 2001) conferma l'importanza dell'impulso alla libertà di organizzazione comunitaria dei gruppi attraverso il riconoscimento della propria organizzazione interna e dei propri statuti e la volontà di preservarne le garanzie sulla base della legge. Art. 2.1 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB*. Art. 3.1 *COB-VC-OM* e *UCE*.

senza ingerenze delle autorità civili è fissato dalla previsione che impegna i responsabili rappresentativi alla semplice informativa al Ministro incaricato sull'«ingresso della Chiesa in Croazia» con l'unica incombenza della registrazione nel Registro delle Comunità Religiose in Croazia[173] e nel rispetto del generale obbligo di conformare ogni iniziativa sull'organizzazione confessionale alle leggi dello Stato.

Il disposto all'art. 2 è bilanciato dall'art. 3 che prevede la libertà della Chiesa di modificare la propria organizzazione interna e così, erezione, modifica ed estinzione di strutture territoriali diocesano-parrocchiali e altre persone giuridiche, in piena autonomia, sulla base esclusiva dei propri statuti[174].

La libertà di svolgimento dell'attività religiosa è assicurata dal riconoscimento ai ministri di culto della titolarità di una competenza che dipende solo dagli statuti e regolamenti propri (art. 4.1); analogo principio vale per le nomine, il trasferimento o la rimozione del Vescovo (art. 4.2). A differenza del modello italiano, che si limita al riconoscimento della nomina dei ministri di culto, gli accordi croati richiedono però un'informativa, l'«opportuna notificazione» da inoltrare alle autorità civili «dopo l'elezione e prima della pubblicazione» (art. 4.3)[175].

Non si trova riscontro nella disciplina italiana, ancora, della disposizione di evidente natura garantista, che prevede l'obbligo da parte dell'autorità giudiziaria di informare l'autorità confessionale competente dell'eventuale procedimento penale a carico di sacerdoti o altri funzionari religiosi per reati per i quali l'azione è esercitata d'ufficio dal PM[176].

Le confessioni religiose sono libere di mantenere, ampliare nonché di costruire edifici di culto o anche genericamente «edifici ecclesiastici»[177]. Un'analoga via governa l'individuazione dell'autorità confessionale con fa-

---

[173] Art. 2.2 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB*. Art. 3.2 *COB-VC-OM* e art. 3 *UCE*. A differenza con il modello italiano, non è qui prevista esplicitamente la libertà di comunicazione con altre organizzazioni della medesima Comunità confessionale, né il rinvio ai diritti umani inviolabili garantiti a livello costituzionale. Cfr. Intesa tra Governo Italiano e Unione Italiana delle Chiese Cristiane Avventiste del Settimo Giorno, art. 2 (in seguito, *UICA*), in *Codice del diritto ecclesiastico* cit., p. 290.

[174] Art. 3 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB*. Art. 4 *COB-VC-OM* che impiega la formula «giurisdizione esclusiva» e art. 4 *UCE*.

[175] Art. 4.1, 4.2 e 4.3 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB*. Art. 5.1, 5.2 e 5.3 *COB-VC-OM*. Art. 5 *UCE* tace, invece, circa l'obbligo della notificazione al Governo.

[176] Art. 5 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB*. Art. 6 *COB-VC-OM* e art. 3 *UCE*.

[177] La normativa è sicuramente più imprecisa della corrispondente italiana che, in proposito, fa univoco riferimento ad «edifici di culto», così intendendo la destinazione all'esercizio (pubblico) del culto e legandovi una serie di garanzie (sulla permanenza stabile della destinazione e sull'immunità da procedure espropriative forzate), che non sono menzionate nelle intese croate. Ciò finisce per amplificare il significato del rinvio alla legislazione civile (art. 6.1).

coltà decidenti, sulla necessità di costruire nuovi edifici di culto, perché il margine di manovra è circoscritto dalla «scelta del percorso in accordo con le autorità croate» e, in ogni caso, va ricondotto al rispetto della normativa urbanistica, cui si rinvia[178]. Anche in questo caso, la sintesi sacrifica la chiarezza del testo concordato e, nel dubbio, amplia i margini di interpretazione: il richiamo alle «esigenze religiose della popolazione» a base della decisione di erigere nuovi manufatti quale appare nel modello italiano[179], avrebbe circoscritto la discrezionalità di una scelta che, negli accordi croati, resta priva di motivazione.

La libertà di stampa e di diffusione di pubblicazioni di libri, giornali, riviste è garantita. Anche in tal caso la sintesi stilistica pregiudica l'intenzione normativa, perché nella formula «altre attività legate al suo funzionamento» dovrebbe poi ricomprendersi la libertà di pensiero espressa tramite i mezzi radio-televisivi di cui, tuttavia, si tace in tutti gli accordi «minoritari»[180]. Nell'era della globalizzazione degli strumenti di comunicazione, una menzione sulla pianificazione delle radiofrequenze, in modo da garantire un'ordinata divisione dei bacini d'utenza e un'equilibrata presenza di *network* nel quadro della pluralità di emittenti, non sarebbe affatto apparsa superflua[181].

Tutti gli accordi tutelano la libertà dei nubendi di celebrare un matrimonio religioso e ne riconoscono la produzione degli effetti civili a condizione che il ministro di culto celebrante sia un «funzionario autorizzato dalla Chiesa di appartenenza» e ne siano soddisfatti i requisiti previsti dalle leggi dello Stato. Dell'importante materia, cui è riservata una ben scarna regolamentazione capace tuttavia di rinviare in due passaggi alla «legislazione croata», si tornerà in seguito per offrire un quadro ricostruttivo dettagliato dei momenti evolutivi più recenti relativi al diritto di famiglia[182].

L'attività caritativa e di assistenza sociale è garantita con il riconoscimento della libertà di creare istituzioni a ciò dedicate, le quali saranno soggette alla legge civile[183]. Anche in tal caso il rinvio al principio di conformità lega-

---

178 Art. 6.1, .2 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB*. Art. 7 *COB-VC-OM*. Più generica la formula dell'art. 7.2 *UCE*.

179 Cfr. Intesa *UICA*, in *Codice del diritto ecclesiastico* cit., p. 298.

180 Art. 7 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB*. Art. 8 *COB-VC-OM* e art. 8.1 *UCE*. Occorre segnalare che nel 2005, otto Comunità religiose hanno sottoscritto accordi con l'ente radiotelevisivo croato, per la pianificazione di programmi ad integrazione delle convenzioni sull'insegnamento religioso. Così, Orsat Miljenic, *Attuazione degli Accordi* cit., p. 78.

181 Cfr. art. 20.2 Intesa *ADI*, in *Codice del diritto ecclesiastico* cit., pp. 286-287.

182 Art. 8 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB*. Art. 9 *COB-VC-OM* che, se possibile, propone una normativa ancora più essenziale e art. 9 *UCE*.

183 Art. 9 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB*. Art. 10 *COB-VC-OM* e *UCE*.

le assolve ad un'esigenza di bilanciamento tra libertà e forme di controllo dell'armonizzazione confessionale con le leggi dello Stato. Anche in tal caso, quindi, la genericità normativa è colmata dal rinvio interpretativo alle leggi dell'ordinamento croato. Sarebbe in ogni caso stato vantaggioso, anche solo ai fini della disciplina tributaria, prevedere, come nel modello italiano, una distinzione tra attività di religione o di culto e quelle che non vi rientrano (e in cui vanno ascritte le attività di assistenza e beneficienza, istruzione, educazione e cultura, comprese quelle commerciali e con scopo di lucro)[184].

Il secondo segmento tematico generale negli accordi croati su questioni di interesse comune raccoglie una serie di disposizioni volte a regolamentare la libertà di insegnamento della religione nella scuola pubblica (artt. 10-15) con una disciplina sostanzialmente uniforme delle pluriformi sensibilità confessionali, e verso cui solo i Testimoni di Geova hanno manifestato un sostanziale disinteresse[185].

La dichiarazione scritta dei genitori o tutori alle istituzioni scolastiche del desiderio di veder impartire i rudimenti religiosi, vale per i bambini delle scuole materne (art. 10.1)[186] e per gli studenti delle scuole primarie che li scelgono nel programma delle materie obbligatorie. Tale dichiarazione dei genitori-tutori sarà disgiunta o congiunta a seconda dell'età inferiore o superiore ai quindici anni dello studente (art. 10.3). In ogni caso l'insegnamento della religione godrà dello stesso trattamento, «viene eseguito alle stesse condizioni» degli altri insegnamenti obbligatori (art. 10.2).

Dubbi sull'effettiva garanzia di fruizione di tale libertà è nell'averla condizionata alla previa formazione nell'istituto scolastico di un «gruppo educativo» di almeno sette studenti (art. 10.4). Un certo interesse suscita l'attenzione dedicata alla garanzia sulla capacità professionale dell'insegnante, alla sua formazione curricolare e, in genere, alla qualità didattica impartita nel servizio scolastico, non disgiunta ad una precisa responsabilità pedagogica. La valutazione dei risultati è infatti sottoposta ad un monitoraggio sulla qualità dell'offerta di insegnamento che si svolge entro il quadro della pianificazione scolastica complessiva (art. 10.5)[187].

Il direttore scolastico sarà tenuto ad illustrare il *curriculum* dell'insegna-

---

[184] Cfr. art. 12.2 che parifica le attività non propriamente di culto (istruzione e beneficienza) ad attività non cultuali e quindi soggette alla legge civile di riferimento e art. 14 Intesa *ADI*, in *Codice del diritto ecclesiastico* cit., p. 285.

[185] Ivan Padjen, *Church and State in Croatia* cit., p. 69. Sulla libertà di fondare proprie istituzioni pre-scolastiche, di cui si sono avvalse alcune Comunità religiose, vedi Orsat Miljenic, *Attuazione degli Accordi* cit., pp. 77-78.

[186] L'Accordo *CI*, artt. 10.1 e 11.1 non fa menzione degli asili.

[187] La norma non si rinviene tuttavia nell'art. 11 Accordo *UCE*.

mento scolastico annuale e a documentarne i risultati nel medio periodo e alla fine dei corsi (art. 10.6). La normativa, insomma, sembra sovrapporre la qualità dell'insegnamento con quelle dei docenti in un contesto che si affida esclusivamente ai canali formativi delle specifiche provenienze confessionali: gli istituti scolastici che debbano coprire le cattedre sull'insegnamento della religione, infatti, notificheranno direttamente all'autorità ecclesiastica il numero dei candidati (art. 10.7)[188]. Per quanto attiene alle modalità dell'insegnamento religioso per le scuole elementari e secondarie pubbliche, viene assicurata una base oraria scolastica di due ore settimanali[189], mentre i programmi di lezione saranno elaborati direttamente dall'autorità ecclesiastica, che li sottoporrà al consenso del Ministero competente (artt. 11.2 e 11.3)[190].

Il mutuo accordo tra le Parti è sancito anche per la scelta dei libri di testo che, muniti dell'indicazione del *placet* ecclesiastico, sono in tutto equiparati ai libri di testo in uso per le materie obbligatorie (art. 11.4)[191]. La delicatezza della tematica, comunemente avvertita dalle Parti, è evidenziata dalla normativa che appare speculare ed integrativa dei controlli civili sulla qualità professionale dell'insegnante. All'autorità ecclesiastica, infatti, è affidata la valutazione, con un mandato canonico pubblicato e revocabile qualora il docente manifesti carenze d'insegnamento o incorra in censura morale nella personale condotta[192].

Gli accordi insistono sui requisiti professionali degli insegnanti di religione con una meticolosa disciplina, volta a garantire la serietà formativa anche nei riguardi dell'istituto scolastico dove presteranno il servizio[193].

---

[188] Art. 10.1-7 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB*. Art. 11 *COB-VC-OM*. L'art. 11 *UCE* è tuttavia privo del richiamo alla misura del monitoraggio scolastico presente negli altri Accordi.

[189] La frazione oraria scolastica non è contemplata dall'art. 12 Accordo *UCE*.

[190] L'art. 11.3 Accordo *CI* ha però aggiunto che il consenso tra le Parti sia «in conformità con la legge».

[191] Art. 11.1-4 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB*. Art. 12 *COB-VC-OM* e *UCE*.

[192] Art. 12 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB*. Art. 13 *COB-VC-OM* e *UCE*.

[193] La soddisfazione dei requisiti di legge equipara tali insegnanti al corpo docente scolastico, essendo loro riconosciuto lo *status* di membri del Consiglio degli insegnanti (art. 13.5). Potranno accedere alla docenza nelle scuole primarie e secondarie gli insegnanti (catechisti) muniti di diploma universitario (artt. 13.1 e 13.2) che ne assicuri anche una padronanza degli strumenti pedagogici. Tali requisiti per l'ingresso all'insegnamento dovranno essere conformi alle leggi croate (art. 13.3). Tuttavia l'autorità ecclesiastica potrà indicare con mandato canonico un docente che soddisfi i requisiti stabiliti dal Vescovo (art. 13.4). La disposizione, che sembra superflua, è fonte di problemi interpretativi, non solo relativamente al valore da assegnare all'espressione «persona appropriata» riferita al docente, perché in un quadro di volontà concordate liberamente tra le Parti e dove l'indicazione dell'autorità confessionale esercita un peso determinante, l'imprecisione può generare discrimini di tipo giuslavoristico, salvo estendere all'intera disposizione il principio di conformità alle leggi croate (art. 13.5). Interviene a chiarire la normativa il successivo art. 14 che sancisce, all'ombra

La Chiesa anche qui, infatti, gioca un ruolo primario: a questa spetta l'iniziativa di fornire l'elenco delle istituzioni che giudica professionalmente valide nella formazione e tali da assicurare quella qualità dell'insegnamento che verrà saggiata *in itinere* con una costante e collaborativa supervisione[194]. La cooperazione si trasforma in un dialogo istituzionale basato sullo scambio di informazioni sotto la direzione di un responsabile nominato dall'autorità confessionale[195].

Tutti gli accordi confessionali stabiliscono il sostegno finanziario pubblico per l'insegnamento della religione. Si tratta di una delle più vistose differenze con il modello italiano la cui disciplina, in generale linea tendenziale, carica le confessioni religiose degli oneri finanziari relativi[196].

Le disposizioni che reggono la tutela del patrimonio culturale e artistico religioso sono più dettagliate del modello italiano che, salvo la maggiore attenzione riservata ai beni storici ebraici, si limita a sancire un generico principio di collaborazione nella tutela e valorizzazione[197].

Gli accordi croati, nel menzionare esplicitamente il patrimonio documentale di archivi e biblioteche, riconoscendone la rilevanza in quanto «parte importante del patrimonio culturale complessivo croato» (art. 16.1), rinviano al principio di collaborazione nell'opera di tutela e conservazione. L'accessibilità libera ai cittadini e la disponibilità del patrimonio documenta-

---

del principio di collaborazione tra autorità confessionali e Ministero della Pubblica Istruzione, il rapporto fiduciario sottostante, per la nomina dei docenti. Većeslav Tumir, *L'insegnamento* cit., pp. 149 ss. e 160 ss.

194 Ossia, ex art. 14.2, per il quale, l'autorità ecclesiastica «si prende cura continua della formazione dei catechisti/insegnanti di religione, della qualità dell'insegnamento, del tirocinio e degli esami professionali e del loro avanzamento professionale». Većeslav Tumir, *Ult.loc.cit.*, pp. 179 ss.

195 Art. 14.1-3 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB*. Art. 15 *COB-VC-OM* e *UCE*.

196 Art. 15 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB*. Art. 16 *COB-VC-OM* e *UCE*. Si confronti art. 10.2 Intesa *ADI*, Intesa *UICA*, e Intesa con l'Unione delle Comunità Israelitiche Italiane (in seguito, *UCII*) in *Codice del diritto ecclesiastico* cit., rispettivamente alle pp. 283, 293 e 306. Sulla medesima linea si pongono anche le successive intese italiane con l'Unione delle Chiese Evangeliche Battiste d'Italia (in seguito, *UCEBI*), artt. 5.5, 6.3 e 9.2; con le Chiese Evangeliche Luterane in Italia (poi, *CELI*), artt. 9 e 11.2, in *Codice del diritto ecclesiastico* (a cura di S. Berlingò - S. Casuscelli), Giuffré, Milano, 2001, rispettivamente a pp. 245 ss. e 251 ss.
Si consulti, ancora, l'Intesa con la Chiesa Apostolica in Italia (*CAI*) artt. 7 e 9.3; l'Intesa con la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni (*CGCSUG*) artt. 10 e 11.3; l'Intesa con la Sacra Arcidiocesi Ortodossa di Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale (*SAOI*), artt. 4.4, 5.4, 5.5; l'Intesa con l'Unione Induista Italiana (*UII*), artt. 4.4, 5.5; l'Intesa con la Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova (*CCTG*), artt. 3.5, 4.5 e 5.5; l'Intesa con l'Unione Buddhista Italiana (*UBI*), artt. 4.4 e 5.3. Rispettivamente alle pp. 758 ss.; 766 ss.; 783 ss.; 798 ss.; 775 ss.; 791 ss. in *Codice del diritto ecclesiastico* (a cura di S. Berlingò - S. Casuscelli), Giuffré, Milano, 2009. Circa i finanziamenti pubblici diretti ed indiretti, cfr. Ivan Padjen, *Church and State in Croatia* cit., pp. 71 ss.

197 Cfr. art. 17 Intesa con la Tavola Valdese (*TV*); art. 26 Intesa *ADI*; art. 28 Intesa *UICA*, in rapporto all'art. 16 Accordo *UCE*.

le alla consultazione degli studiosi sarà uniformata al rispetto della disciplina statuale in materia (art. 16.2). Ma agli archivi ecclesiastici, in quanto sede privilegiata della memoria storica collettiva, gli accordi croati hanno aggiunto alcune disposizioni notevoli, rese necessarie dai recenti trascorsi politici[198]. La delicatezza che circonda fondi documentali e registri ha imposto al Governo di Zagabria di conferire agli archivi uno speciale *status* normativo, lasciando in sospeso l'annoso problema della proprietà confiscata e prevedendo la conservazione del possesso in capo alle istituzioni culturali statuali, attuali possidenti, per la gestione, manutenzione e assicurazione del servizio di consultazione (art. 16.3)[199].

Il terzo settore materiale degli accordi è dedicato alla cura pastorale dei fedeli e dei membri delle loro famiglie nelle cd. «comunità separate», ossia nelle carceri e istituti di correzione, nelle strutture sanitarie ospedaliere e di assistenza sociale, nelle forze armate o di polizia (art. 17)[200]. Va qui segnalata una differenza esclusiva dell'accordo *COCS* che (art. 17.2), assegna un significativo spazio decisionale al Consiglio Episcopale Ortodosso, conferendogli la facoltà di approvare e di indicare per l'esercizio della pastorale cinque sacerdoti, come pure di sollevarli dall'incarico, previa notificazione alle autorità statuali (art. 17.3)[201].

Nei diversificati ambiti d'esercizio, la cura pastorale è un'attività che necessita di molteplici accorgimenti e di una disciplina attuativa scrupolosa e accorta[202]. Tutti gli accordi tendono a stabilire una normativa eccezionale, giustificata dallo *status* di fedele, circa il regime carcerario. Nel quadro delle condizioni di detenzione il legislatore tende infatti a contornare l'inserimento dell'assistenza spirituale di significativi margini di garanzia. La «conversazione spirituale» con il ministro di culto è concepita in modo tale da confe-

---

198 La disciplina degli archivi, infatti, si intreccia con la grande questione delle confische della proprietà privata adottate durante il regime comunista iugoslavo. Se la legislazione ordinaria ha chiuso anzitempo, per la proprietà degli immobili civili, quel doloroso capitolo del popolo croato, altrettanto non può affermarsi per gli archivi .

199 Art. 16.1-3 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB*. Art. 17 *COB-VC-OM* e *UCE*.

200 Art. 17 *COCS*; *CI*; *CEPL-CCR* e *CEP-AB* nonché art. 18 *UCE*. L'art. 18 *COB-VC-OM* non menziona, viceversa, la cura pastorale per i fedeli impegnati nelle Forze armate e di polizia. Vedi Ivan Padjen, *Church and State in Croatia* cit., pp. 76-77.

201 Cfr. art. 17.2 *CI*, che prevede la designazione di un *Imam* da parte dell'autorità confessionale.

202 Specialmente nelle strutture carcerarie tale attività dovrà conformarsi alle normative regolamentari vigenti nelle singole realtà penitenziarie in cui si svolgerà l'assistenza del sacerdote/ministro di culto, secondo modalità da armonizzare con esigenze spazio-temporali concordate tra le Parti, in regime di collaborazione (art. 18).
Art. 18 *COCS*; *CI*; e *CEP-AB*. Art. 19 *COB-VC-OM* e art. 18 *CEPL-CCR* esplicitamente parlano di un «accordo, in conformità con il calendario delle attività giudiziarie».

rire un indiscusso livello di flessibilità in rapporto alle condizioni stringenti della pena. In «casi estremi» al ministro di culto è consentito il contatto più diretto e personale con il detenuto, in appositi ambienti carcerari, dietro preventivo assenso dell'autorità giudiziaria[203].

Il regime di assistenza spirituale concordato per gli istituti penali e correzionali, quindi, se apre ad una disciplina di *favor libertatis* confessionale verso il fedele, si imbatte in precisi limiti esercitabili dalle autorità amministrative e giudiziarie[204].

Tutti gli accordi confessionali croati menzionano la cura pastorale negli ospedali e strutture sanitarie. Le autorità civili si impegnano a garantire spazi adeguati per l'esercizio dei rituali in conformità con i regolamenti degli istituti ospedalieri. Ai pazienti è assicurata la domanda di assistenza e di aiuto spirituale sotto diverse modalità: attraverso la garanzia della visita pastorale «in ogni momento» e con l'obbligo sul personale ospedaliero di una «tempestiva» comunicazione della domanda al ministro di culto. Nel quadro di una non ingerenza dell'autorità civile nell'esercizio pastorale assistenziale, gli accordi stabiliscono che gli eventuali reclami dei delegati sull'operato dei ministri di culto, per tramite del direttore sanitario, saranno trasmessi ai superiori ecclesiastici competenti alla valutazione del caso[205].

Per gli accordi che prevedono finanziamenti pubblici a favore dei ministri di culto impiegati allo svolgimento della cura pastorale, viene stabilito anche un criterio di calcolo commisurato alle retribuzioni dei dipendenti pubblici[206]. Gli accordi, se non si tiene conto della disciplina concepita per la Chiesa cattolica, non hanno tuttavia dato luogo ad un sistema di finanziamenti pubblici squilibrato e tendenzialmente preferenziale: una norma comune si occupa dei sostegni economici statali all'attività delle confessioni, svolta «per il bene comune della Repubblica di Croazia»[207]. Gli importi, ac-

---

[203] Art. 19.2 e 19.3 *COCS*; art. 19.3 e 19.4 *CI*; art. 20.2 e 20.3 *UCE*; art. 19.3 e 19.4 *CEP-AB*. Tace sul punto l'Accordo *COB-VC-OM* e *CEPL-CCR*.

[204] Le garanzie che assicurano al detenuto la partecipazione all'attività religiosa (riti e visita pastorale) con una cadenza minima settimanale, conformemente ai regolamenti e al dettato del codice di procedura penale, possono infatti essere sospese, pur temporaneamente, dal direttore dell'istituto o dal giudice istruttore «per giustificato motivo» o per esigenze di «mantenimento dell'ordine e sicurezza», informandone il ministro di culto. In ogni caso, la durata del provvedimento corrisponderà, o non insisterà oltre «per un tempo superiore alla durata dei motivi» che ne resero necessario l'esercizio. Artt. 20.1-4 *COCS*, *CI* e *CEP-AB*. Art. 21 *UCE*. Tace sul punto l'Accordo *COB-VC-OM* e *CEPL-CCR*.

[205] Artt. 21.1-5 *COCS*, *CI* e *CEP-AB*; artt. 19.1-5 *CEPL-CCR*; artt. 20.1-5 *COB-VC-OM* e art. 22.1-5 *UCE*.

[206] Artt. 22 *COCS* e *CI*. Non è previsto dai restanti Accordi.

[207] La norma chiarisce che i fondi sono destinati a sostenere attività ben precise: assistenza e cura pastorale, principalmente e, a seguire, sostentamento del clero o funzionari religiosi; costruzione e

creditati al fondo centrale dell'ente confessionale beneficiario e i servizi inerenti le operazioni finanziarie occorrenti si conformano ai principi giuridici dell'ordinamento croato[208].

Scarsa disciplina è riservata alle festività religiose[209]. Poca attenzione è stata data anche al riconoscimento del diritto alla scelta alimentare dei credenti e alla sepoltura rituale dei defunti[210]. Chiudono gli accordi le regole relative all'istituzione e composizione di una Commissione mista rappresentativa paritetica che si riunirà annualmente, facendo relazione all'autorità della Chiesa di appartenenza e alla Commissione per i Rapporti con le Comunità Religiose, con competenza propositiva di controllo sulla conformità nell'attuazione delle norme alla legislazione generale sulle Comunità religiose, e di soluzione di questioni legali, economiche e culturali[211]. Seguono gli ordinari criteri di interpretazione e di eventuale modifica pattizia «*rebus sic stantibus*».

Poche settimane avanti la firma dell'Accordo israelitico l'Unione delle Chiese del Pieno Evangelio e le Chiese Riformate Protestanti, dichiarandosi discriminate nell'esercizio della libertà religiosa, ricorrevano innanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo avverso il Governo croato[212]. A seguito

---

manutenzione di edifici di culto (che non siano inclusi in quelli compresi nel novero dei beni culturali); attività assistenziali. L'art. 23.3 *CI* eccettua invece le spese di soggiorno dei propri ministri.

[208] Non comune è il criterio selettivo delle parrocchie beneficiarie ex art. 23.2 *COCS*. Vi si prevede che il Consiglio Episcopale della Chiesa ortodossa serba presenti annualmente una lista ufficiale aggiornata delle parrocchie effettive, da cui verranno escluse: 1. quelle prive di rettore stabile; 2. quelle di nuova costruzione con un numero di fedeli inferiore a 1.500 o site a servizio di un villaggio con meno di 500.
Per analogo motivo, una parrocchia che assorba in fatto tre o più parrocchie minori, riceverà un aumento del 25% dell'importo di base (art. 23.4 *COCS*). Disposizione simile, con lievi varianti, vale per l'Accordo *CI*, il cui art. 23.2 prevede l'esclusione del beneficio economico per quelle *jamaats* che: 1. non abbiano un *Imam* permanente; 2. quelle di recente costruzione, aventi meno di 300 fedeli o meno di 100 nel circondario.
Per i restanti Accordi, che tacciono delle disposizioni ora menzionate, sono stabiliti criteri remunerativi commisurati alle basi stipendiali dei dipendenti pubblici, con coefficienti variabili e specifiche per ogni Chiesa: art. 23 *CEP-AB*; artt. 20 *CEPL-CCR* e art. 23 *UCE*.

[209] Va segnalato che il «giorno del Signore» è singolarmente disciplinato nell'Accordo della Comunità ebraica (art. 23 *UCE*), mentre nulla dice l'Accordo islamico. Parimenti, tra le Chiese evangeliche, un «sabato avventista» è previsto unicamente nell'art. 22 *CEP-AB*. Il riposo settimanale, dal tramonto del venerdì al sabato, riconosce ai fedeli ebraici, come pure agli avventisti, il diritto all'assenza dal lavoro e un programma alternativo e sua compensazione, derogabile in caso di emergenza nazionale (guerra, disastri o crisi umanitarie). Cfr. l'Intesa *UCII*, artt. 3 e 4, che prevede un nutrito calendario di festività religiose, in *Codice del diritto ecclesiastico* cit., 1990, pp. 303-304.

[210] Tali diritti, infatti, sono elencati solo negli accordi con le Comunità islamica ed ebraica (artt. 7.2 e 7.3) e con la Chiesa Evangelico-pentecostale avventista (art. 7.2), ma, inquadrati come sono nella libertà di stampa, non sono sembrati meritevoli di autonoma trattazione. Si veda, in proposito, l'Intesa *UCII*, art. 5.2, in *Codice del diritto ecclesiastico* cit., 1990, pp. 304.

[211] Artt. 24 *COCS*, *CI* e *CEP-AB*; art. 25 *UCE*; art. 21 *CEPL-CCR* e art. 22 *COB-VC-OM*.

[212] Le due menzionate Chiese, dopo essersi viste respinte in tutti i gradi di giudizio ordinario le

di ciò il Governo di Zagabria ha adottato una decisione volta a ridiscutere attraverso una loro ridefinizione, le condizioni per la conclusione degli accordi su questioni di interesse comune con le Comunità religiose[213].

In tali circostanze il Governo croato ha confermato il pragmatismo che ha contrassegnato le molteplici iniziative di politica ecclesiastica – già ben evidenziate in occasione della stipula del trattato bilaterale con il Montenegro per l'assicurazione di garanzie reciproche a favore delle minoranze croate e montenegrine stanziate fuori del territorio d'origine-, accettando di buon grado la decisione della Corte Europea, ma ponendo anche le basi per un'esplorazione critica, eventualmente migliorativa, della propria legislazione nazionale[214].

7. *La libertà di nomopoiesi organizzativa negli Statuti delle confessioni religiose. Cenni sintetici*

L'ordinamento giuridico croato circoscrive con precisione all'art. 43 Cost. i confini della libertà associativa, e ne indirizza le linee della legislazione ordinaria[215] e delle fonti negoziali. Per i gruppi religiosi, gli Accordi

---

pretese di affermazione del proprio diritto di libertà, leso per l'impossibilità di fornire cura pastorale e assistenza sociale nelle strutture sanitarie e nelle carceri; di promuovere l'educazione religiosa nelle scuole e asili; di poter celebrare un matrimonio religioso produttivo di effetti civili, hanno adito l'Alta Corte la quale, accogliendo *in toto* i motivi di discriminazione, condannava con sent. n. 7798/08 il Governo croato ad una pena pecuniaria (9.000 euro a favore di ogni Chiesa ricorrente, oltre alle spese processuali).

[213] Tale iniziativa, che non ha registrato sommovimenti nell'impianto consolidato del concordato ebraico – forse per la vicinanza delle date di ratifica – non è evento trascurabile, almeno sotto due aspetti. In primo luogo, per le ragioni causali, ossia la lesione di un diritto fondamentale. In secondo luogo, per le conseguenze sull'impianto giuridico-legislativo interno. Il Governo croato, istituendo un apposito Gruppo di Lavoro Interdipartimentale i cui rilievi andranno sottoposti all'approvazione del CRCR (si tratta di una *task force*, una speciale Commissione allargata, composta dalla presidenza del Ministro di Giustizia e dal Presidente del CRCR, e dalla vicepresidenza del Ministro della Pubblica Amministrazione, oltre al ruolo di supporto di alcuni altri ministeri con funzione di assistenza ai lavori), ha infatti posto sul tappeto la questione dell'opportunità di un duplice provvedimento emendativo: una modifica delle condizioni per la conclusione degli accordi confessionali e un'eventuale riformulazione dell'art. 9 della Legge generale sullo *status* giuridico delle Comunità religiose. Non si vede, tuttavia, quali modifiche migliorative potrebbero essere apportate ad un testo equilibrato, quale si mostra il vigente, che ha introdotto un modello di libera conclusione di Accordi negoziati tra le Parti interessate, al quale, tra l'altro, hanno già aderito le maggiori realtà confessionali rappresentative del Paese.

[214] Nella sessione del Governo del 17 febbraio 2011 è stato infatti deciso di non presentare una richiesta di riesame della sentenza della Corte EDU, ma anche di predisporre le misure necessarie per la sua esecuzione.

[215] Legge sulle Associazioni (1997 e artt. 1.2, 2.1 e 35.1 2001); Legge sullo *status* giuridico delle comunità religiose (2002), artt. 2 e 7; Legge sulle fondazioni (1995).

«minoritari» – che contemplano una libertà organizzativa territoriale (art. 3) – concorrono con l'*AQG* 1996 della Chiesa cattolica (artt. 14.1 e 17.2), in modo da assicurare alla dimensione associativa confessionale un'effettiva libertà statutaria. Le maggiori realtà religiose in Croazia si sono dunque munite di statuti che disciplinano organizzazione interna, strutture, risorse, beni, persone[216]. Disciplinano anche, con vistosa enfasi, l'attività missionaria che è alla base della spinta spirituale che le anima[217], così sottolineando come lo spazio di libertà organizzativa riconosciuto con l'autonomia statutaria dallo Stato sia un problema di libertà inversa, sia in ragione degli scopi perseguiti, che della speciale natura di tale fonte normativa[218].

Una volta che tale libertà statutaria è posta, la fonte giuridica particolare di cui si riveste tende, infatti, a sostituirsi alle norme generali dello Stato. Il rinvio talvolta assai esplicito a norme giuridiche confessionali rinvenibile negli atti statutari mette dunque alla prova il grado di tolleranza e di flessibilità del sistema positivo[219]. E questo aspetto assume un significato speciale in ordinamenti che – come quello croato, caratterizzato da confini sociali multietnici – registrano il tasso di libertà democratica attraverso l'equilibrio di spezzoni difformi, e spesso sfuggenti, di libertà minori. In altre parole, l'autonomia statutaria realizza un antagonismo tra opposti equilibri, per cui all'autolimitazione di sovranità dello Stato apparato risponde il dilatarsi della sfera di sovranità della confessione religiosa[220]. Questa espansione di sovranità, tuttavia, potrebbe comportare rischi di tenuta dei fragili equilibri esistenti quando le confessioni destinatarie abbiano, per loro naturale connotazione, una forte impronta etnico-religiosa, come nel caso della comunità ortodossa e delle sue Chiese terminali[221].

---

[216] La gran parte dei testi sono consultabili sul sito on-line: licodu.cois.it.

[217] Ad es., l'art. 1 Statuto dell'Unione Battista (emendato nel 1997) descrive una «comunione missionaria per promuovere l'insegnamento della Scrittura, della cultura cristiana e del credo», mentre l'art. 11 Statuto della Chiesa Evangelica Pentecostale (2004) considera la missione quale «vita morale, proclamazione del Vangelo, formazione dei credenti, cura spirituale e servizio al mondo».

[218] Entra cioè in gioco la libertà non dei fini, ma dei mezzi per raggiungerli, da un lato, mentre dall'altro, si deve riconoscere che gli Statuti confessionali sono portatori di uno speciale diritto alla differenza (quella religiosa). Cfr. Antonio Vitale, *Corso di diritto ecclesiastico*, Giuffré, Milano, 1993, pp. 27-28.

[219] Ad es. lo Statuto della Conferenza Episcopale Croata (*Hrvatska Biskupska Konferencija*), approvato ultimamente il 5 febbraio 2000, opera molteplici rinvii al diritto canonico (assunzione della personalità giuridica, can.449, n. 1; esercizio di voto, can.119; tenuta dei dati d'archivio, can.458 §1, ecc.).

[220] Antonio Vitale, *Corso di diritto ecclesiastico* cit., p. 118.

[221] L'elemento etnico è la caratteristica cui si deve l'estrema frammentazione dell'ortodossia in un complesso organizzativo articolato. Cfr. *Normativa ed organizzazione delle minoranze confessioni in Italia* (a cura di V. Parlato e G.B. Varnier), Giappichelli, Torino, 1992, pp. 12-13.

D'altra parte nulla esclude l'azionabilità di fronte al giudice ordinario di controversie intercorrenti tra i membri ed aventi ad oggetto la lesione di diritti soggettivi tutelati dall'ordinamento. Il che rende puramente esortativa, pleonastica e non vincolante la presunta riserva di competenze giurisdizionali-arbitrali eventualmente riconosciuta agli organi confessionali[222].

Per altro verso, la funzione degli Statuti contempla la legittima facoltà di affermare l'identità del gruppo confessionale, quale che sia la complessità dell'articolazione strutturale della sua organizzazione[223], o di dichiarare la separazione dallo Stato[224] o, ancora, di esaltare l'identità storica della comunità di credenti, evidenziandone legami spazio-temporali più o meno forti di contesto[225].

La Legge sullo *status* giuridico delle Comunità religiose (2001) ha sicuramente chiarito[226] gli ambiti di interrelazioni giuridiche esterne entro cui possono operare gli enti associativi rappresentativi del gruppo di fedeli, l'unico provvedimento autorizzativo imposto consistendo nella iscrizione nel Registro delle Comunità Religiose nella Repubblica di Croazia (art. 1)[227].

8. *Tradizione e innovazione del diritto di famiglia croato nelle dinamiche riformiste del sistema giuridico jugoslavo. La normativa confessionale ed il* Family Act *1998 e 2003*

L'attuale regime giuridico sul diritto di famiglia in Croazia è complesso

---

[222] Si esprime in termini di «impegno cooperativo dei membri» a risolvere le controversie tra loro insorte, l'art. 49 Statuto Chiesa Evangelica Pentecostale.

[223] È il caso del Preambolo dello Statuto Unione Battista (emendato nel 1998).

[224] Cfr. art. 4.1 Statuto Chiesa Evangelica Pentecostale, o art. 2.3 Statuto Unione Battista.

[225] Lo Statuto della Chiesa Evangelica ad es. insiste sui legami interregionali e sullo *status* legale di soggetto successore nei rapporti della confessione con le istituzioni politiche: definisce la comunità religiosa come «comunione di credenti evangelici in Croazia e Bosnia-Erzegovina» (art. 4.1) e si dichiara «successore legale (della stessa entità confessionale presente nel) Regno di Croazia, Slavonia e Dalmazia e del Regno dei Serbi e di Jugoslavia (…)» (art. 4.4).

[226] La precedente Legge sullo *status* giuridico delle Comunità religiose (1978), art. 1, configurava una libertà associativa astratta e non stabiliva criteri per l'identificazione della comunità religiosa. Cosicché occorreva rinviare alle fonti pre-socialiste (Concordato austriaco del 1855 e leggi confessionali del biennio 1929-1930). Cfr. Ivan Padjen, *Church and State* cit., p. 64. Roland Minnerath, *L'Église catholique* cit., p. 244.

[227] Salve le informazioni che l'autorità civile deve raccogliere, in quanto necessarie ad escludere la natura eversiva o segreta dell'associazione. Vedi Cfr. Francesco Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico* cit., p. 211. Il Protocollo sul modo di iscrizione delle persone giuridiche della Chiesa cattolica (2002) istituisce uno specifico Registro per gli enti della Chiesa cattolica in Croazia (art. 1), a riprova del *favor iuris* verso la confessione maggioritaria.

e ricco ed ha permesso di accogliere, al fianco di una normativa confessionale «tradizionalista», non senza polemici irrigidimenti nella società civile, il modello «aperto» di famiglia (unione di coppia sia extramatrimoniali, sia prescindenti dal genere)[228]. Il rapido evolversi di tale disciplina ha costretto il costituente a rincorrere eventi che la revisione costituzionale del 2001 ha intercettato[229].

Le dinamiche di transizione tra regimi giuridici hanno nel diritto di famiglia e successorio di Croazia – e Slovenia – un eloquente strumento di misura. Questi settori del diritto civile, infatti, hanno conosciuto una sovrap-

---

[228] Dal 2000 si discute in Croazia del collocamento della protezione legale delle unioni omosessuali: se i loro diritti dovessero regolarsi nell'intelaiatura di un unico atto di legge comprensivo di matrimonio e unioni extra-matrimoniali o in una distinta partizione normativa (Cfr. Rapporto del Parlamento croato n. 355, 13 novembre 2003, 18-34, www.sabor.hr/default.asp?). Ci si orientò a favore di un'apposita legge, il *SSUA* (*Same Sex-Union Act*) poi varato il 30 luglio 2003. Si trattava di una soluzione inaspettata dato che l'orientamento maggioritario dell'opinione pubblica, alimentato degli attacchi pubblici contro l'omosessualità sferrati dalla Chiesa cattolica attraverso i mass-media, era contrario e che non esisteva alcun precedente normativo in materia. Sabrina P. Ramet, *L'Europa centro orientale* cit., p. 111.
In ogni caso il principale testo normativo sul diritto di famiglia croato, nell'edizione del 2007 contiene un capitolo sulle unioni omosessuali.
Il *SSUA* regola la materia e gli effetti legali derivanti (art. 1, *SSUA*). La definizione del rapporto recita: "Le unioni dello stesso sesso, nel significato ritenuto dal presente Atto, indicano un rapporto di vita tra due persone dello stesso sesso (*partners*) che non sono sposati, che non vivono in una unione eterosessuale né in altra omosessuale e la cui unione duri da almeno tre anni, ed è basata sui principi di eguaglianza, sul mutuo rispetto ed aiuto così come su vincoli emotivi tra i «*partners*» (art. 2, *SSUA*). Il vincolo produce effetti legali se sono rispettate alcune condizioni (art. 3, *SSUA*): età superiore ai 18 anni dei «*partners*»; capacità legale; inesistenza tra i due di vincoli di sangue né in linea retta (antenati o discendenti in ogni grado) né in collaterale sino al quarto grado incluso.
Il legislatore croato, in linea generale, preferisce la costituzione formale di vincoli matrimoniali: ciò è confermato dal fatto che la circostanza che due persone siano unite da un rapporto di fatto extra-matrimoniale o omosessuale non è impeditiva del matrimonio. Gli effetti legali dell'unione omosessuale sono ristretti a (art. 4, *SSUA*): diritto al reciproco mantenimento, di proprietà e al mutuo aiuto. Ivana Kunda, Aa.Vv., *Family law in Croatia*, Wolters Kluwer, Law and Business, 2011, p. 176.
Occorre aggiungere che su tale tema la divaricazione tra legislatore e società politica resta notevole: il 15 luglio 2014 il *Sabor* croato ha varato una definiva Legge sui matrimoni omosessuali, che ha di fatto ignorato l'eloquente pronunciamento di un precedente *referendum* popolare (1 dicembre 2013) che si è espresso negativamente alla proposta modifica della nozione giuridica costituzionale ex art. 61 Cost. del matrimonio come unione esclusiva tra uomo e donna. Vedi *L'Osservatore Romano* (2-3 dicembre 2013), «*I croati dicono no alle nozze omosessuali*», p. 2.

[229] Sulle tutele costituzionali che circondano l'istituto della famiglia, vedi Cost. art. 61.1 (sulla speciale protezione della famiglia da parte dello Stato) e art. 62 (sulla tutela della maternità, figli, giovani); art. 62.2 (il matrimonio e rapporti legali nel matrimonio e fuori, sono regolati per legge); art. 63.5 (per cui lo Stato avrà particolare cura per minori orfani o bambini abbandonati). Altri art. Cost. di base: art. 3 (soggezione del Parlamento ai maggiori principi costituzionali); art. 35 (divieto di discriminazione e rispetto e protezione legale della vita personale e famigliare, dignità, reputazione e onore). Lo stesso, vale per le unioni extra matrimoniali. Cfr. Ivana Kunda, Aa.Vv., *Family law in Croatia* cit., pp. 30 e 31. Quanto all'art. 14.1 (diritti umani e libertà fondamentali, proibizione delle discriminazioni e eguaglianza di fronte alla legge) il testo del 2001 sostituisce il termine «sesso» con «genere».

posizione pesante sul diritto consuetudinario e sui codici socialisti[230].

Il matrimonio del diritto jugoslavo degli anni Quaranta dello scorso secolo era un laboratorio su cui sembrò possibile, tuttavia, operare singolari compromessi che avrebbero dato luogo ad inaspettate varianti tra le singole regioni dei Balcani occidentali. Sarebbe quindi riduttivo pensare all'affermazione di un matrimonio civile nell'ottica di una pianificazione laicista e trascurare che esso ereditava, tra l'altro, le ancestrali regole del patriarcato e della *manus maritalis* sulla donna[231]. Questo stato di cose doveva contenere necessariamente in sé accomodamenti e tolleranza. E, semmai, proprio l'ossequio alla tradizione è il fattore che, nel diritto di famiglia, evidenzia significative divaricazioni anche tra i pur contigui modelli culturali croato e sloveno[232].

Nell'economia di questo scritto si sorvolerà l'importanza delle fonti locali statutarie che tanta parte esercitano sul diritto istro-croato delle origini[233]. Ma già solo questi primi rilievi ci fanno intendere come lo svolgersi del diritto di famiglia croato, nell'arco del XIX secolo, sia la risultante di tensioni mai sopite, sviluppatesi lungo il segmento che univa centro e periferia, tra leggi speciali e locali, tra corti locali e confessionali, tra consuetudini locali e

---

230 Osserva il compiersi di una «vera e propria recezione delle regole sovietiche» nell'ordinamento giuridico croato, Giannantonio Benacchio, *Ult. loc. cit.*, p. 174.

231 Giannantonio Benacchio, *Ult. loc. cit.*, p. 175, n. 24, sintetizza il complesso quadro notando: «le diversità nel rito della celebrazione del matrimonio: in Serbia era riconosciuto valido solo il matrimonio religioso ortodosso, mentre in Vojvodina erano riconosciuti effetti al solo matrimonio civile; in Bosnia-Erzegovina tre religioni diverse prevedevano tre distinte forme di celebrazione del matrimonio (anche dopo il 1908, con l'annessione all'Austria, nel diritto di famiglia, si continuavano ad applicare le regole e le consuetudini proprie di ciascuna religione). Si ricordi anche che il divorzio era ammesso in Bosnia-Erzegovina secondo le regole musulmane, e in Serbia, secondo le regole ortodosse, ma non in Croazia né in Slovenia». Vedi Vjekoslav Perica, *Balkan Idols* cit., pp. 101 e 169.

232 Le comunità familiari (cd. «*zadruga*») sono infatti ignote al diritto sloveno, mentre sono istituti consolidati nel diritto serbo-croato, tanto da avere riservato un intero capitolo nel Codice civile serbo del 1884. Giannantonio Benacchio, *La circolazione* cit., p. 94. Vedi anche John R. Lampe, *Yugoslavia* cit., pp. 25, 31 e 64.

233 Le origini della storia del diritto in Croazia datano alla fine VIII sec. La codificazione del diritto consuetudinario (gli *Statuta*) si colloca a partire dal XI-XII secolo ed ha la culla nelle città delle zone costiere croate e nelle isole. Lo Statuto di Korcula (1214), considerato il secondo più antico testo legale di tutte le nazioni slave, e di cui si è preservato solo il testo emendato del 1265, fu adottato con lo scopo di regolare i rapporti sociali e salvaguardare l'autonomia delle isole. Un testo proveniente dall'isola di Rab (antecedente il 1177-1188) stabiliva le relazioni patrimoniali della famiglia. Lo Statuto istriano di Milje (1333) disciplinava la determinazione dei *bona dotalicia* prima della celebrazione del matrimonio. Gli acquisti sarebbero entrati in proprietà comune degli sposi nella misura della metà del valore totale della proprietà al momento della solennizzazione del vincolo. Tale forma di matrimonio era alternativa al cd. «matrimonio veneziano», caratterizzato dalla piena divisione della proprietà in costanza del vincolo coniugale. Il «matrimonio istriano» influenzò in seguito anche lo Statuto di Rijeka (1530). Petar Sarcevic, Aa.Vv., *Family law in Croatia* cit., pp. 21-22.

Codici di «importazione» (Codice austriaco ed italiano): un turbinio di forze opponenti che per essere governato richiedeva deroghe ed emendamenti ai principi. Nel diritto di famiglia ciò si traduceva con la coniazione di formule matrimoniali sperimentali, di cui esemplare risulta il cd. «*Notzivilehe*»[234].

Ben poco si potrà dire sui reciproci influssi culturali esercitati dalle codificazioni austriaca e francese sul legislatore serbo-croato e sul periodo icasticamente definito di «*caos* legale» che tirò le linee maestre degli assetti di leggi, giurisdizioni e tribunali nel corso dei primi decenni del «Secolo breve»[235]. Opportuno sarà, invece, soffermarsi sulla legislazione prodotta a

---

[234] Una legislazione speciale vigeva per i territori di Dalmazia e per alcune Contee dell'Istria (Kastav, Krk, Pag e Rab) salvo quelle annesse all'Italia (Rijeka), e quindi soggiacenti per il diritto matrimoniale al Cc. italiano 1865. Cfr. Ana Prokop, *Commenatry to the Marriage Basic Act* (*Komentar Osnovnom zakonu o braku*), Zagabria, Sholska Hnijga, 1960, p. 459.
Conformemente all'Accordo austro-ungarico del 1867, tale territorio era soggetto al diritto austriaco e al Codice Civile Generale Austriaco (CCGA 1811, poi emendato il 25 maggio 1868 e 9 aprile 1870), applicato a tutti i cittadini senza riguardo della religione e le corti secolari avevano competenza piena in tema di diritto di famiglia. Fu poi introdotta una speciale forma di matrimonio civile (cd. *Notzivilehe*), che permetteva alle coppie unite nella celebrazione canonica di accedere ad un matrimonio civile, salvo impedimento. Gli emendamenti del 31 dicembre 1868 (che abolivano il §77 CCGA) vietavano inoltre ai cattolici di sposarsi con appartenenti ad altra fede senza l'autorizzazione del rispettivo ministro di culto. Con gli emendamenti del 1870 il matrimonio civile diveniva obbligatorio per i non appartenenti ad una confessione riconosciuta.
In sintesi, tra XIX e XX sec. nell'Impero austriaco si succedono tre fasi di regolamentazione del vincolo matrimoniale – corrispondenti a tre dimensioni dei rapporti tra Stato e Chiesa –: in un primo, il matrimonio era regolato interamente dal diritto canonico; poi, intervenne la legge statale, riservandosi la legge canonica uno spazio di regolamentazione; infine, la legge civile si arrogò l'intera disciplina di costituzione e scioglimento del vincolo per divorzio (*Marriage Act* del 1938), avendo le corti civili competenza giurisdizionale esclusiva anche sui matrimoni religiosi. Petar Sarcevic, Aa.Vv., *Family law in Croatia* cit., p. 23.

[235] È definibile un «caos legale» quanto a disciplina del vincolo matrimoniale per l'intreccio di conflitti tra sistemi legali, di leggi confessionali, ecclesiastiche e statuali. Con l'unificazione territoriale in uno Stato unitario dopo la I° G.M., in Jugoslavia si contavano, in rapporto alle religioni ufficialmente riconosciute, sei giurisdizioni competenti a giudicare sui conflitti matrimoniali. Le corti civili erano competenti su questioni vertenti sulla proprietà della famiglia e altri rapporti di natura patrimoniale. In Bosnia Erzegovina le corti islamiche estendevano la competenza anche su questioni della proprietà. In altre regioni dello Stato (Dalmazia, parte d'Istria, Prekomurje, Vojvodina e Medimurje) le corti civili esercitavano piena competenza sulla materia matrimoniale. A Medimurje, un territorio giuridicamente separato nel nord della Croazia, tra i fiumi Mura e Drava, l'obbligatorietà del matrimonio civile era stata imposta dall'art. n. XXXI della legge matrimoniale ungherese del 1894, sin quando una legge (*Executive Order* 20 novembre 1939, OG KY 277/1939) riconobbe il matrimonio religioso, cosicché fu possibile contrarre sia il vincolo civile che il religioso. Anche precedentemente all'unificazione dei territori nel Regno di SCS, i territori della Croazia erano governati da diverse fonti legali e la situazione si preservò immutata sino alla conclusione della II° G.M. Gran parte del suo diritto, disciplina matrimoniale inclusa, era soggetto al CCGA che estese gradualmente la sua vigenza nei territori della Croazia: in Istria, nel 1815; in Dalmazia, nel 1816; nel centro della Croazia e nella Slavonia, nel 1853; a Medimurje, tra 1853 e 1861. Cfr. Bertold Eisner, *Family Law*, Zagabria, Svenciliste u Zagrebu, 1950, pp. 23 ss.
La maggiore differenza insisteva sulla relazione tra Stato e leggi canoniche: così, il territorio compreso tra parte centrale della Croazia e Slavonia era soggetto al diritto austriaco in virtù della Patente

margine del secondo dopoguerra, negli anni della sperimentazione nel Paese danubiano di una «terza via» di non allineamento al cd. «socialismo reale», anche per quanto attiene l'impostazione dogmatica dell'istituto della famiglia, «società nucleare».

Nel cinquantennio tra 1946 e 1999 il diritto croato ammette il solo matrimonio civile. L'intervento della giurisprudenza costituzionale si rivelerà qui fondamentale[236], e tuttavia, il Parlamento jugoslavo (Assemblea Federale) galvanizzata dal vitalismo della giurisprudenza, vara nell'arco di un anno, tra il 1946 ed il 1947, un sistema normativo destinato a rimodellare l'intero assetto dell'istituto[237]. Sarà utile notare come l'interesse del legislatore centrale, nelle quattro leggi matrimoniali, non si indirizzava tanto sulla natura del matrimonio – giacché quello religioso, pur restando improduttivo di effetti civili, veniva tollerato – quanto sull'organizzazione potestativa dei tribunali giudicanti. In altre parole, l'affermazione dell'autorità dei tribunali federali centrali passava necessariamente attraverso la compressione delle giurisdizioni locali, sia civili che religiose: il che si traduceva in una sottrazione di competenza a danno dei fori confessionali cattolico, ortodosso e islamico[238]. Il costituente jugoslavo avrebbe tentato ancora negli anni Settanta di attenuare le tendenze centrifughe di spartizione dei poteri, senza infrangere il cordone di isolamento giuridico entro cui restava ingabbiato il rito religioso[239].

L'ambivalenza riformista tra innovazione e tradizione del diritto matrimoniale jugoslavo, dunque, è il tratto connotante l'approvazione del com-

---

Imperiale 28 novembre 1852. Tuttavia, in deroga alla piena vigenza del CCGA, il matrimonio (validità e separazione) e la sua disciplina patrimoniale tra sposi appartenenti alla medesima confessione (ossia cattolico-romana; greco-cattolica; ortodossa) era soggetto alla legge canonica delle rispettive fedi. Al contrario, il CCGA ricuperava piena vigenza, se il matrimonio era tra appartenenti ad altre confessioni. Petar Sarcevic, Aa.Vv., *Family law in Croatia* cit., p. 23.

[236] Nel 1994 la Corte Cost. abolì per incostituzionalità l'art. 27 MFRA (*Marriage and Family Relation Act*) che ammetteva il solo matrimonio civile (Sent. Corte Cost. Croazia, U-I-231/1990. OG RC 25/1994) ritenendo che comprimesse libertà e diritti basici costituzionalmente protetti ex artt. 40 e 41 Cost., sebbene incidesse solo sull'ordine legale, morale pubblica e salute. Un matrimonio religioso non avrebbe compromesso alcuno dei valori costituzionalmente protetti. Vedi Ivan Padjen, *Church and State in Croatia* cit., p. 78. Sul ruolo della Corte costituzionale nella Federazione jugoslava, Antonio Zorzi Giustiniani, *Norme costituzionali e regolamentari sulla Corte costituzionale jugoslava*, Cedeur, Firenze, 1989.

[237] Giannantonio Benacchio, *La circolazione* cit., p. 177, n. 29; Francesco Finocchiaro, *Osservazioni in tema di matrimonio canonico celebrato in Jugoslavia anteriormente al 9 maggio 1946*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffré, Milano, 65 (1954) II, p. 250.

[238] Giannantonio Benacchio, *La circolazione* cit., p. 176 e n. 28 e p. 177, n. 33.

[239] Con l'adozione degli emendamenti nn. XX - XLII alla Cost. federale del 1971 e la Cost. federale del 1974 alcune materie, e tra queste, il matrimonio e la famiglia, furono attratte all'esclusiva giurisdizione delle Repubbliche e delle Province autonome.

promissorio *Federal Marriage Basic Act* del 1946, cui fanno seguito, segno dell'evidente perplessità del legislatore, le ulteriori leggi matrimoniali di contorno, ferma restando la tolleranza di fatto dei matrimoni religiosi[240]. In questo contesto il braccio di ferro tra governo federale di Jugoslavia e repubbliche federate avrebbe sortito la produzione di leggi provvisorie in materia matrimoniale, il cui scopo si sarebbe concentrato, ancora una volta, nel lucrare maggiori spazi di autonomia burocratica. Ulteriore segno di tali incertezze e dell'aspirazione all'autonomia da Belgrado, è nella Legge generale sul diritto di Famiglia, entrata in vigore il 1 gennaio 1979: legislazione autonoma che in ciò accomunava la Croazia alla Slovenia e alla Bosnia-Erzegovina.

Ma il periodo di più intenso fermento è quello che, tra il 1994 ed il 1999, con gli scuotimenti che dal Muro di Berlino si sono riverberati sull'intero edificio formale della «cortina di ferro», ha permesso ai croati di poter anteporre il rito religioso persino alla celebrazione civile, sciogliendone l'incoercibile stato di quarantena, nel rispetto di alcuni accorgimenti civilistici: il passaggio fondamentale è segnato dal *Family Act* del 1998, legge che radica sul dettato dell'art. 61 Cost.[241] ed ha alle spalle un ventennale periodo di

---

[240] Dopo la II° GM il *Federal Marriage Basic Act* (OG FPRY 29/1946) operò una svolta radicale nel diritto di famiglia riproponendo tutte le più antiche leggi e regolamenti sull'intero territorio del nuovo Stato Federale jugoslavo.
Si aggiunsero al FMBA altre due leggi: la *Law Legalizing Marriages Denied Under Former Regulations* (OG PRC 84/1949) e il *Matrimonial Property Act* (OG PRC 23/1950).
In questo frangente il matrimonio civile divenne obbligatorio, ma fu ammessa la celebrazione confessionale successiva al rito di fronte all'ufficiale di stato civile. Il clero che avesse disatteso questa disposizione sarebbe stato perseguibile di reato. Cfr. ANA PROKOP, *Commenatry to the Marriage Basic Act* cit., p. 423. La legge di famiglia nell'ex-Jugoslavia «non era unica, ma una varietà di regolamentazioni, governate non solo dal principio di territorialità, ma anche personale, in armonia col credo religioso dei cittadini». ID., *Commentary of the Basic Law on Marriage*, Zagreb, 1969, p. 385.
Quanto alle unioni extra-matrimoniali, la Cost. Federale ed il FMBA non prevedevano diritti per i conviventi. Si riteneva che, dato che la legge matrimoniale non opponeva speciali restrizioni alla capacità di sposarsi non fosse necessario proteggere relazioni di pura convivenza *more uxorio*. Cfr. PETAR SARCEVIC, *Croatie*, in *Régimes matrimoniaux successions et liberalités dans les relations internationals et internes*, M. Verwilgen ed., Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 84 ss.; ID., AA.VV., *Family law in Croatia* cit., p. 24.

[241] La cerimonia di fronte al ministro di culto non comportava, infatti, il perfezionamento del matrimonio religioso: a ciò occorreva la celebrazione di fronte ad un soggetto competente e rappresentativo dell'autorità civile. Il *FA* 1998 introdusse, ed il *FA* 2003 poi confermò, la possibilità di concludere davanti al ministro di culto un matrimonio produttivo di effetti civili, sempre che venissero soddisfatte le condizioni civili a pena di nullità (l'esistenza del matrimonio; la validità o gli impedimenti a sposarsi). NENAD HLACA, AA.VV., *Family law in Croatia* cit., pp. 101-102.
L'art. 5 del *Family Act* 1998 fornisce una nozione legale di matrimonio sulla matrice dell'art. 61 Cost., come un'unione di vita tra uomo e donna regolata per legge. Dunque, il matrimonio è istituto legale, ha carattere monogamico, è stato pensato unicamente (né il varo della *Same Sex-Union Act* 2003 ha modificato concettualmente l'istituto), come unione tra sessi diversi. La legge ne determina anche gli effetti legali e la cessazione. NENAD HLACA, AA.VV., *Ult. loc. cit.*, p. 101.

 ammessa la celebrazione confessionale successiva al rito di fronte all'ufficiale di stato civile

maturazione[242]. Da qui in avanti, il riformismo giuridico matrimoniale ha registrato ulteriori progressi materializzati in un *corpus* legislativo al cui capofila è il *Family Act* del 2003, legge ispirata ai principi enunciati dalla CEDU[243]. Tra questi: il diritto fondamentale di fondare una famiglia, il garantismo e l'eguaglianza tra tutti i componenti del nucleo famigliare e la libertà di forma celebrativa, sulla base di una libera manifestazione consensuale. Sotto quest'ultimo aspetto, un'importanza notevole è stata assegnata alla circostanza della stipula di intese tra lo Stato e la confessione religiosa d'appartenenza dei nubendi (artt. 6-8, *FA* 2003)[244]. In proposito si è già potuto constatare come tutti gli accordi «minoritari» contengano previsioni analoghe circa la disciplina di conclusione del matrimonio.

Il *Family Act* 2003, dunque, consolida il principio di opzionalità della forma matrimoniale; regolamenta le procedure per la registrazione della volontà degli sposi di celebrare il matrimonio religioso (art. 20.1)[245]; le

---

[242] In Croazia il MFRA (*Marriage and Family Relations Act*) 1978 come emendato nel 1989 (OG SRC 45/1989 e 51/1989, versione consolidata) è stato tra le fonti di base del diritto di famiglia fino all'entrata in vigore del *FA* 1998 (OG RC 162/1998) entrato in vigore il 1 luglio 1999. Il MFRA disciplinava la capacità al matrimonio; i diritti e doveri personali degli sposi, reciproche obbligazioni e relazioni sulla proprietà. Cfr. Mira Alincic et Al., *Family law*, Zagabria, Narodne Novine, 2001, p. 37; Petar Sarcevic, Aa.Vv., *Family law in Croatia* cit., p. 25.

[243] Il *FA* 2003 (OG RC 116/2003; 17/2004; 136/2004; 107/2007), applica l'art. 6.1 dalla CEDU, relativo alla competenza dei corpi amministrativi nell'area dei diritti civili e specialmente nel diritto di famiglia, dove è venuto emergendo un concorso di competenze tra autorità amministrative (i Centri del *Welfare* Sociale) e giurisdizioni ordinarie.
La principale fonte legale sul diritto di famiglia in Croazia è, dunque, il *FA* 2003 (così come emendato a più riprese (*FA* 2004; *FA* 2004 bis; *FA* 2008) il cui art. 2 stabilisce i principi fondamentali del rapporto famigliare, quali: eguaglianza tra uomo e donna, il mutuo rispetto e l'aiuto tra tutti i componenti della famiglia; protezione della salute dei bambini e la comune responsabilità dei genitori per la crescita e l'educazione; opportuna tutela per bimbi privi di cure parentali. Ivana Kunda, Aa.Vv., *Family law in Croatia* cit., p. 36. Comprensibile, lo sforzo legislativo nell'introduzione di norme che tracciano una forte discontinuità di cultura giuridica. Vanno segnalate tre nuove leggi: il *SSUA* 2003 (*Same-Sex Union Act*); il *PFVA* 2003 (*Protection against Family Violence Act*) e l'*ESA* 2003 (*Equality-Sexes Act*), tutti in OG RC 116/2003. Petar Sarcevic, Aa.Vv., *Family law in Croatia* cit., p. 25.

[244] Il *FA* 2003 conferma la possibilità, già ammessa dal *FA* 1998, di concludere un matrimonio sulla base di dichiarazione consensuale, non solo civile, ma anche nella forma religiosa. Ex art. 8 *FA* 2003, il matrimonio religioso produttivo di effetti civili deve essere concluso innanzi un rappresentante della confessione religiosa, la quale abbia stabilito corrispondenti relazioni legali (la stipula di un accordo o una legge) con la Repubblica di Croazia. Si veda, in proposito l'art. 13 *AQG* 1996 stipulato tra S. Sede e Croazia (la cui legge di ratifica è in OG RC 3/1997) che riconosce effetti civili al matrimonio canonico. Cfr. Carlos Corrál Salvador, *Derecho internacional* cit., p. 279, nonché la Legge sullo *Status* Giuridico delle Comunità Religiose 2002 (in OG RC 83/2002) e gli Accordi «minoritari» che riconoscono effetti civili ad un matrimonio concluso davanti un ufficiale rappresentante della confessione religiosa. Nikola Eterovic, *Treatees between the Holy See* cit.

[245] I nubendi che intendono sposarsi con matrimonio religioso devono previamente ottenere un certificato attestante che ricorrono tutti i prerequisiti per un valido matrimonio secondo il *FA* 2003,

necessarie certificazioni (art. 20.2)[246]; le incombenze dell'ufficiale di stato civile (art. 20.5)[247]. Ma quanto all'omologazione civile delle sentenze di nullità del giudice canonico[248], la questione non è pacifica[249].

La Legge, infine, disciplina gli effetti civili del matrimonio celebrato innanzi al ministro autorizzato dalla confessione religiosa (art. 23)[250]; stabilisce le sue incombenze (art. 21) in rapporto con quelle cui è tenuto l'ufficiale di stato civile[251].

---

art. 20.1, nella giurisdizione dell'ufficiale di stato civile del luogo in cui essi intendono celebrare il matrimonio. Una volta verificato ciò, sarà possibile registrare e firmare la propria dichiarazione di volontà. Con ciò i nubendi confermeranno di essere informati dei loro diritti e doveri circa il matrimonio e della possibilità di regolare le questioni patrimoniali ex *FA* 2003, secondo i modi del matrimonio civile.
Gli adempimenti dei prerequisiti matrimoniali sono prescritti dall'autorità amministrativa (art. 20.6, *FA* 2003: il Min. di Giustizia e l'Autogoverno locale stabiliscono le regole su contenuto e forma del certificato di celebrazione matrimoniale, OG RC 202/2003). Nenad Hlaca, *Family law in Croatia* cit., pp. 109-110.

[246] La certificazione emessa dall'ufficiale di s.c., comprensiva della dichiarazione degli sposi circa la scelta del cognome, rende possibile il matrimonio religioso ed è valida per tre mesi dalla data di emissione (art. 20.2-4, *FA* 2003).

[247] L'ufficiale di s.c. informa gli sposi che solo il certificato di matrimonio tratto dal registro di matrimonio da lui conservato sarà prova che il matrimonio produce effetti civili (art. 20.5, *FA* 2003). Gli estratti dei registri conservati dai ministri delle confessioni religiose, infatti, non fanno prova (Vedi Corte della Contea di Dubrovnik, GZ 1215/2007, del 17.I.2008).

[248] La Croazia viene così a far parte di quel gruppo di Stati (Spagna, Italia, Polonia e Malta) che adottano il sistema del matrimonio civile con opzione della forma civile o religiosa e l'omologazione civile delle sentenze canoniche sulla nullità o scioglimento matrimoniale. Carlos Corrál Salvador, *Derecho internacional* cit., p. 271.

[249] L'art. 80 Cc. raccoglie, secondo la legge matrimoniale del 7 luglio 1981, l'integrità dell'art. VI.2 dell'Accordo con la S.Sede, ma anche i testi sono stati oggetto di critica nella dottrina, che vi vedrebbe un surrettizio ed inaccettabile ingresso del diritto canonico nel diritto civile di famiglia, sollecitando ad un aggiustamento al diritto dello Stato e dando luogo a decisioni di differente orientamento. Cfr. Carlos Corrál Salvador, *Derecho internacional* cit., p. 282. Mira Alincic, *Il matrimonio civile concluso secondo le normative statali e i termini religiosi*, in Atti della Facoltà di Giurisprudenza di Zagabria, vol.47, n. 6 (1997).

[250] Il matrimonio che soddisfi gli anzidetti requisiti produce tutti gli effetti (ex art. 23, *FA* 2003) del matrimonio civile, se la celebrazione avvenne di fronte all'ufficiale autorizzato dalla confessione religiosa.

[251] Egli è obbligato a preparare per l'ufficiale di s.c. un certificato entro cinque giorni dalla conclusione del matrimonio (art. 21, *FA* 2003), firmato dagli sposi e dai testimoni, con acclusa la conferma dell'avvenuta celebrazione.
L'ufficiale di s.c., prima ancora della registrazione della volontà dei nubendi di sposarsi, annoterà i dati relativi al matrimonio nel registro matrimoniale entro tre giorni dalla data di ricevimento del certificato. Solo in seguito a ciò, l'ufficiale di s.c. emetterà il certificato di matrimonio per gli sposi. Nenad Hlaca, *Family law in Croatia* cit., p. 110.

9. *L'integrazione politico-legislativa della Croazia nel contesto europeo e internazionale. Conclusioni*

Il I° luglio 2013, dopo aver chiuso il negoziato di adesione UE, e a vent'anni dalla proclamazione dell'indipendenza, la Croazia è entrata nel consesso dell'Unione Europea come ventottesimo Stato-membro[252]. Si è così chiuso il largo cerchio che aveva segnato la transizione graduale avviata nelle forme costituenti del 1990[253]. Quel corso temporale, che potrebbe ben dirsi «decennio delle petizioni internazionali», ha proposto alle aspirazioni europeiste di Zagabria l'impegno ad accettare un pacchetto di propositi non transabili, noti come «criteri di Copenaghen»[254].

Per i motivi già esposti, questo processo di adeguamento istituzionale, pur manifestando tutti i caratteri di una più profonda transizione culturale estesa ben oltre le forme giuridiche, non ha comportato strappi dolorosi o incertezze sull'opzione liberal-democratica: la transizione dalla «giustizia socialista» verso un interinale limbo di placido neutralismo fino allo Stato di diritto è avvenuta con relativa linearità[255]. Lo slancio verso l'integrazione comunitaria, per il retroterra culturale mitteleuropeo abbracciante la Croazia e la Slovenia, ha accomunato i due Stati slavo-danubiani in un romanticismo europeista convinto, ma anche provvisto dalla consapevolezza razionale che

---

[252] Sull'impervio *iter* dei negoziati che prevedevano la soddisfazione di precisi requisiti per chiudere i capitoli residui delle procedure di adesione, vedi Tanja Cerruti, *L'apertura dei negoziati di adesione all'UE della Turchia e della Croazia*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2007, Il Mulino, Bologna, pp. 93-114; John R. Lampe, *Yugoslavia* cit., p. 371.

[253] 15.1.1992: Undici Stati-membri dell'UE riconoscono Croazia e Slovenia; 24.3.1992: Croazia e Slovenia sono Stati-membri OSCE; 22.5.1992: la Croazia è nell'ONU; gennaio 1993: è ammessa al FMI; ottobre 1993 è membro della Banca Europea; 1996: è membro del Consiglio d'Europa. Nel 1993 la Croazia aveva sottoscritto la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici (che all'art. 18 enuncia la libertà di religione) e nel 1998 la Convenzione europea sulla protezione dei diritti umani e le libertà fondamentali (che all'art. 9 contiene una espressa previsione sulla libertà religiosa). Con il nuovo secolo si apre la fase delle procedure di integrazione all'Europa: la presentazione della domanda per l'adesione all'UE (2003); l'ottenimento dello *status* speciale di candidato ufficiale all'adesione (2004); l'avvio dei negoziati di adesione (2005) conclusi nel 2011, cui si è aggiunto un *referendum* nazionale (2012) che ha espresso il favore dei cittadini croati all'adesione all'UE.

[254] Si tratta dei criteri: economico; dell'*acquis* comunitario e politico. Quest'ultimo impone la costituzione di istituzioni stabili, garanti della democrazia, dello Stato di diritto, del rispetto dei diritti dell'uomo e della tutela delle minoranze. Giuseppe de Vergottini, *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, in Aa.Vv., *I Balcani occidentali* cit., pp. 8 ss. Riguardo alle tensioni venute in essere in Croazia, nel processo di democratizzazione istituzionale, Ivo Goldstein, *Croatia* cit., pp. 167 ss.

[255] Stefano Bianchini, *Oltre la disgregazione: le fonti dell'instabilità permanente nello spazio culturale jugoslavo*, in Aa.Vv., *Dopo la pioggia. Gli Stati della ex-Jugoslavia e l'Albania (1991-2011)*, Argo, Lecce 2011, p. 211.

fosse in gioco una scelta necessaria[256]. Ci si è già soffermati sull'onda lunga del contributo concentrico, pastorale[257] e diplomatico[258], alla realizzazione di questo traguardo, offerto dal pontificato wojtyliano per l'edificazione di un dialogo interconfessionale, poi inquadrato nello spirito ecumenico di Assisi, nel 9-10 gennaio 1993.

Quei molteplici sostegni sono risultati necessari in una situazione internazionale le cui tensioni si sono riverberate sino a tutto il 1995, quando il futuro politico delle *enclaves* territoriali di Kraijna e della Slavonia centrale nel cuore della jugoslavia, era ancora affidato alla voce delle armi[259].

L'integrazione politico-legislativa europea si è dunque svolta sul duplice binario di un nazionalismo attenuato nelle forme di un neoillirismo del XXI secolo e di una conferma degli *standards* democratici conformi alle radici culturali europee: una fusione tra particolarismo etnico ed universalismo giuridico dai caratteri singolari, non esattamente uniformabile ai modelli giuridici correnti del giuspubblicismo occidentale ma capace di penetrare, incorporandone la cogenza, le istanze libertarie più attuali[260].

---

[256] Giannantonio Benacchio, *La circolazione* cit., pp. 282 ss., spec. pp. 287-288. Basti dire che l'istituto di diritto comparato dell'università di Zagabria nel 1990 ha costituito una Associazione croata per lo studio della Comunità Europea.

[257] Ma occorrerebbe menzionare le Lettere apostoliche *Tertio Millennio Adveniente* (10 novembre 1994) o l'*Orientale Lumen* (2 maggio 1995), o ancora, l'enciclica *Ut Unum Sint* (25 maggio 1995).

[258] La Santa Sede apre le relazioni diplomatiche con la Croazia e la Slovenia l'8 novembre 1992, ma già il 29 febbraio di quell'anno aveva inviato mons. Giulio Einaudi in qualità di Nunzio apostolico di Croazia. Vedi anche James B. Bukowski, *The Catholic Church and croatians natural identity*, in *East European Quarterly*, XIII, n. 3 (1979), pp. 327-338. Più in generale, vedi: "*La crisi in Jugoslavia. Posizione e azione della S.Sede (1991-1992)*" e "*La Santa Sede per la Pace nei Balcani*", rispettivamente in *Quaderni de L'Osservatore Romano* n. 18, LEV, 1992 e n. 33, 1996.

[259] Si allude al cd. «Piano Z4», ossia alla proposta di accordo politico per dare autonomia alla Kraijna serba interclusa nella Croazia. Con l'accordo intervenuto il 6.VIII.1995 tra Croazia e secessionisti della Kraijna la Repubblica serba della Kraijna cessa di esistere generando un nuovo esodo di massa di serbi verso la Bosnia. La Slavonia fu liberata solo nel 1998 dietro tortuose trattative diplomatiche. John R. Lampe, *Yugoslavia* cit., pp. 77-80 e 150-152; Sabrina P. Ramet, *L'Europa centro orientale* cit., p. 104.

[260] Parlamento Europeo. Risoluzione 04 febbraio 2014, *Tabella di marcia contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere*: «H. considerando che a maggio 2013 undici ministri per le Pari opportunità hanno invitato la Commissione a definire una politica globale dell'UE per l'uguaglianza delle persone LGBT e dieci Stati membri hanno già adottato o stanno esaminando politiche analoghe a livello nazionale e regionale». *La Croazia è partecipe di entrambe le iniziative.*
Parlamento Europeo. Risoluzione 09 marzo 2011, *Strategia dell'UE per l'inclusione dei rom*: «I. considerando che nel 2005 è stato inaugurato il "Decennio per l'integrazione dei rom" al fine di combattere la discriminazione e migliorare la situazione economica e sociale della popolazione rom; che i firmatari della dichiarazione del Decennio – Bulgaria, Croazia, Ungheria, Montenegro, Repubblica ceca, Romania, Serbia, Slovacchia ed ex Repubblica Iugoslava di Macedonia – si sono impegnati a operare per eliminare la discriminazione e colmare i divari inaccettabili tra i rom e il resto della società». *Documenti consultabili sul sito on-line* www.olir.it.

Questo svolgimento ha anche richiesto, e tuttora richiede, un notevole grado di flessibilità nel sistema dell'Unione Europea, che si spinga a salvaguardare, oltre che riconoscere, le tradizioni nazionali in quanto incoercibili fattori identitari[261]. Si potrebbe concludere che il modello croato lascia intatto lo Stato nazionale come entità sovrana di riferimento e coglie il sentimento di appartenenza identitaria, inserendolo nel quadro di un pluralismo istituzionale, aperto e tollerante[262]. Non è dunque lezioso l'interrogarsi del pensiero giuscostituzionalista sui modelli possibili, finanche ipotizzando formule alternative alle tipologie classiche[263], negli Stati slavo-danubiani di recente «democrazia deliberativa»[264]. Nell'affermazione della propria statualità, infatti, se, da un lato, l'ordinamento croato non sembra intenda rinunciare al modello classico di Stato-nazione ma, al contrario, miri a fondare su tale canovaccio le ipotesi di convivenza tra gruppi etnici egemoni e minoritari, dall'altro, tende all'armonizzazione giuridica nel progetto di un «*Commonwealth* europeo»[265].

Sulla base di queste suggestioni, potranno essere agevolmente ricondotti entro le normali dinamiche del confronto democratico, proprio delle procedure «discorsive» ed al naturale vaglio giurisdizionale degli interessi e dei diritti tutelabili, gli eventuali casi di tutela minimale del diritto di libertà religiosa, anche nell'ipotesi di negazione del riconoscimento di una confessione religiosa, come nel recente caso Saver Geava Rijec Zivota contro Croazia[266].

Resta il fatto che, a venti anni dall'affermazione dell'indipendenza, la

---

[261] Angelo Licastro, *Unione Europea e «status» delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giuffré, Milano, 2014, spec. pp. 1-50.

[262] Il «processo di costruzione o di consolidamento dell'identità nazionale (…) attraverso il ridimensionamento di tutte le identità particolari» cui allude Silvio Ferrari, *Religioni, diritto e conflitti sociali*, in *Anuario de Derecho Eclesiastico del Estado*, XXIII (2007), p. 41, reso possibile dal predominio della componente cattolica sull'ortodossa, tradizionalmente ispirata da istanze di panserbismo nazionalista. Cfr. Gianfranco Macrì, *La costruzione dell'Europa e l'evoluzione della sovranità degli Stati*, in G. Macrì-M. Parisi-V. Tozzi, *Diritto e religione*, Plectica, Salerno, 2011, pp. 47-56.

[263] Dennis F. Thompson, *La democrazia liberale nella società globale*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, Luiss ed., Roma, 1/2000, pp. 146 ss. per il quale A. l'odierna democrazia liberale si trova ad affrontare due problemi di ordine generale: «Sul versante della democrazia, deve fare i conti col problema delle maggioranze molteplici; sul versante del liberalismo, con il problema del disaccordo sui diritti».

[264] Sulla «terza via» distinta dal confessionismo e dal laicismo, nelle attuali Costituzioni liberaldemocratiche, vedi Joseph H.H. Weiler, *Per un'Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, Rizzoli, Milano, 2003. Cfr. anche Christian Bidegaray, *Réflexions sur la notion de transition démocratique en Europe centrale et orientale*, in *Pouvoirs* (1993), n. 65, pp. 129 ss.

[265] Alessandro Torre, *I governi locali* cit., p. 55.

[266] Sent. 9.12.2010 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*. Série A. Arrets et Décisions, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia, in www.echr.coe.int.

Croazia si è resa un esempio catalizzatore per Stati come la Serbia o il Montenegro, non solo per aver posto una pietra tombale sulla diaspora etnica e sulle tentazioni etno-nazionaliste[267], ma anche per aver finalmente affermato, nell'era della globalizzazione[268], il protagonismo del legislatore nazionale nella costruzione dei diritti di libertà, anche quella confessionale.

---

[267] Emanuela C. del Re, *Venti anni dopo. Ruolo e incidenza dei Balcani nel nuovo assetto europeo*, in *Dopo la pioggia* cit., p. 253. Alle riserve della dottrina sui moti trasformatori dei sistemi costituzionali nell'ex-Jugoslavia, la Croazia può ritenersi estranea. Cfr. Silvio Gambino, *La disgregazione della Repubblica Federale di Jugoslavia e la nascita di nuovi Stati: una transizione incerta e incompiuta*, in (introduzione a) Pavle Nikolic, *I sistemi costituzionali* cit., pp. 1-21.

[268] Pasquale Gianniti, *Globalizzazione e declino degli Stati nazionali*, in Aa.Vv., *I diritti fondamentali nell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona* (a cura di Pasquale Gianniti). Commentario del Codice civile e Codici collegati Scialoja - Branca - Galgano, Zanichelli, Bologna, 2013, pp. 23 ss.

L'intesa con la Tavola Valdese a trent'anni dalla sua approvazione

Un trentennio dalla prima e difficile attuazione dell'articolo 8 della Costituzione italiana (1984-2014): riflessioni a partire dall'esperienza della Tavola valdese

Antonino Mantineo

1. *A trent'anni dalla legge n. 449, 11 Agosto 1984: in che senso appare opportuno tracciare un bilancio (e non solo sull'attitudine della legge "sulla base di intese" a regolamentare gli interessi della confessione religiosa stipulante)*

Tracciare un bilancio sui trent'anni trascorsi dall'entrata in vigore della legge n. 449 del 1984 può assumere due distinti significati, per quanto tra loro – si proverà a dimostrare – reciprocamente connessi. Innanzitutto, può voler dire valutare l'applicazione della legge di esecuzione dell'intesa tra la Repubblica italiana e la Tavola valdese, considerandone gli aspetti più controversi, non meno di quelli più spesso interessati all'applicazione in sede giurisdizionale[1]. Ancor più, però, è consigliabile che vi sia l'occasione per analizzare criticamente gli effetti e le implicazioni relative all'attivazione del-

[1] Ritorna sul significato simbolico dell'intesa con la Tavola valdese Francesco Alicino, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni "altre" e degli ateismi*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 67 e ss. E, tuttavia, talune problematiche erano state ben individuate e largamente anticipate dai primi commentatori dell'intesa. V., tra gli altri, Sergio Lariccia, *L'attuazione dell'art. 8, III comma, della Costituzione: le intese tra lo Stato italiano e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1, 1984, pp. 467 e ss.; per una valutazione critica sulle proposte che precedettero la formalizzazione dell'intesa, piace ricordare Giorgio Peyrot, *L'intesa per la disciplina dei rapporti tra lo Stato e le Chiese rappresentate dalla tavola valdese*, in *I problemi di Ulisse,* LXXXIX, 1980, pp. 164 e ss.

lo strumento dell'intesa, nella disciplina dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose, al di là della qualificazione puntuale del singolo gruppo religioso che abbia provveduto a stipulare un'intesa con lo Stato. Tale qualificazione, infatti, sembra particolarmente importante sul piano della tecnica legislativa e dell'individuazione degli istituti che meglio possano essere applicati nei confronti delle diverse realtà religiose – ad esempio, se la nozione di "ministro di culto" possa rispondere alla qualificazione dell'imam per il diritto islamico[2] o se debba essere approntata una specifica disciplina matrimoniale anche per quei movimenti che non riconoscano istituti simili[3], nella regolamentazione delle relazioni familiari. A proposito dell'istituto matrimoniale, si vedrà, il ruolo dei gruppi religiosi minoritari può essere di particolare rilievo anche per il legislatore (unilaterale) civile, in ragione del fatto che alcune realtà ecclesiali, quali appunto quella valdese, anche ai sensi del loro diritto confessionale *interno*, vanno ampliando la nozione di "unione coniugale", riuscendo a rispondere alla progressiva evoluzione sul piano sociale in modo più dinamico di quanto non avvenga nel diritto comune e, segnatamente, nella disciplina codicistica[4]. Non si vuole, ovviamente, sostenere che il potere legislativo statuale debba necessariamente conformarsi alle maggiori aperture che giungono, soprattutto, dalle chiese riformate; al contrario, si rivela doveroso sottolineare come, in tempi in cui l'istituto matrimoniale appare intrinsecamente modificato rispetto alla sua struttura originaria dai mutamenti intercorsi nelle relazioni affettive e familiari, l'evoluzione del sentire religioso possa apportare al dibattito degli argomenti, se non quando dei ripensamenti, utili anche ai fini della discussione pubblica, nel tentativo di verificare l'attualità della disciplina vigente e le ipotesi in cui, all'opposto, essa vada allontanandosi dal principio di effettività, che è il presupposto materiale delle corrette osservanza, applicazione e interpretazione della legge. Di là dalla individuazione di singoli istituti, disciplinati nella legge n. 449 e, poi, in forme solo parzialmente diverse nella successiva legislazione bilaterale, sembra, però, più significativo chiedersi se lo strumento

---

[2] Il tema è affrontato, in relazione alle diverse prospettive sviluppate dall'associazionismo islamico in Italia, in DOMENICO BILOTTI, *I ministri dei culti acattolici: incompiutezze definitorie e inderogabilità funzionali*, Giuffré, Milano, 2013, pp. 283-301.

[3] Potrebbe ricordarsi, in proposito, il caso degli insegnamenti buddhisti (e sui contenuti dell'intesa, v., tra gli altri, SILVIA ANGELETTI, *La nuova intesa con l'Unione Buddhista Italiana: una* doppia conforme *per il Sangha italiano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (http://www.statoechiese.it), Maggio 2008).

[4] La quale pare, del resto, non sempre adeguata anche ai fini dello stesso ordinamento civile. Una interessante analisi sulla progressiva diversificazione dei rapporti coniugali, anche quanto ai peculiari effetti giuridici che sarebbero loro propri, in FEDERICA MANNELLA, *I "diritti" delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 170-178.

dell'intesa debba essere ritenuto ancora valido nella regolamentazione del fatto religioso, almeno nel modo in cui tale strumento è stato, sin qui, interpretato dallo Stato[5] e, in una certa misura, dalle stesse confessioni religiose: dove è auspicabile che si modifichi l'approccio complessivo al fenomeno religioso e le intese realizzino uno specifico presidio della tipicità di ciascuna confessione, ben più di come si è pur iniziato a riscontrare nell'ultimo decennio? Questa seconda prospettiva non pare realmente in contraddizione rispetto alla prima, in quanto l'intesa con la Tavola valdese ha assunto un carattere paradigmatico, dovuto a specifiche circostanze che hanno spinto a ritenerla, se non un *unicum*, certamente un modello per tutta la legislazione in attuazione dell'articolo 8 della Costituzione. Tra tali ragioni, andrebbero ricordate pure le modifiche e le integrazioni intervenute rispetto all'originario testo del 1984, che hanno confermato la scelta della negoziazione bilaterale, anche con una cadenza più serrata di quella (decennale) che avrebbe indicato la legge n. 449, e che spingono a ritenere la negoziazione bilaterale non come risultato occasionale e, ormai, cristallizzato, ma, più coerentemente al disposto costituzionale[6], quale strumento dinamico e non ostile a revisioni e modificazioni. Bisognerebbe evidenziare, per sottolineare rinnovatamente l'innovatività della legge in commento, come la Tavola valdese sia stata la prima confessione religiosa ad ottenere un'intesa con lo Stato, approvata in legge: una novità, sul piano delle fonti del diritto ecclesiastico italiano, da rimarcare con più convinzione, non appena si noti che dall'entrata in vigore della Costituzione alla prima, parziale, attuazione dell'articolo 8 trascorrono oltre trent'anni, durante i quali la società, nel suo complesso (e con specifico riferimento al *comune sentire* sul fatto religioso), si era evoluta molto più ampiamente della disciplina legislativa unilaterale in materia ecclesiastica[7]. Sarebbe, perciò, inavveduto pensare che i due profili precedentemente individuati – l'analisi testuale della legge n. 449 e la valutazione sull'attualità e sulla rispondenza pratica di alcune sue norme, da un lato; le funzioni e le prospettive della legislazione bilaterale e dei rapporti tra il potere civile e il fenomeno associativo religiosamente connotato, dall'altro – siano radical-

---

[5] Sull'influenza dell'associazionismo religiosamente connotato nel procedimento legislativo, cfr., tra gli altri, Salvatore Bordonali, *L'incidenza del fatto religioso nei percorsi formativi della legge nell'ordinamento italiano*, in *Anuario de derecho eclesiàstico del Estado*, 26, 2010, pp. 703-756.

[6] Prendendo ad esempio la disciplina degli enti, sulla quale *infra* in nota e nel testo, Barbara Randazzo, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Giuffré, Milano, 2008, pp. 268 e ss., può, all'opposto, lamentare l'eccessiva presenza di disposizioni pienamente sovrapponibili, tra un'intesa e l'altra, segnalando, perciò, la limitata qualità ed originalità della produzione legislativa.

[7] Vedasi, più ampiamente, Sergio Lariccia, *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia (1943-2011)*, Carocci, Roma, 2011.

mente contrapposti e non finiscano, invece, per evidenziare, pur nella diversità di valutazioni che implicano ed esigono, alcuni tratti comuni e la disciplina giuridica di istituti che trovarono, proprio nella legge n. 449, la loro prima attuazione in via bilaterale. Potrebbe verificarsi, ad esempio, in che modo si sia cercato di applicare delle nozioni, ben più pertinenti nel contesto delle confessioni di ascendenza giudaico-cristiana, ai nuovi movimenti religiosi, estranei a quella tradizione[8]. O, ancora, quali attribuzioni degli enti confessionali debbano essere disciplinate attraverso la negoziazione tra lo Stato e le confessioni religiose, e quali, all'opposto, è più opportuno rimangano, anche in funzione di garanzia, nell'ambito della legislazione unilaterale civile[9]. E perché non soffermarsi, tra le molte, sulla problematica del finanziamento alle confessioni religiose[10], dal momento che, negli ultimi decenni, la Tavola valdese è stata dapprima completamente al di fuori di forme di finanziamento quali l'otto per mille (conseguenza inizialmente inevitabile, per l'assenza di disposizioni tanto bilaterali quanto unilaterali sul punto; poi espressa determinazione sinodale), successivamente partecipe del finanziamento direttamente destinato dai contribuenti alla Tavola e, in ultimo, soggetto beneficiario anche delle risorse derivanti dalla ripartizione delle scelte non espresse[11]? L'argomento richiamato, lungi dall'esaurire il proprio interesse ai soli fini dell'acquisizione patrimoniale realizzabile dalle confessioni religiose, si è palesato, nei decenni, come uno dei più tangibili *incentivi* per le confessioni medesime ad attivare lo strumento dell'intesa, atteso che l'accesso al meccanismo di finanziamento dell'otto per mille costituisce, oltre che una strategia di reperimento delle risorse, anche l'inequivoca indicazione di uno stabile riconoscimento del gruppo religioso e una più visibile legittimazione sul piano dei rapporti con lo Stato e della pubblica agibilità del gruppo medesimo, anche per soggetti che non siano d'esso fedeli (ad esempio, appunto, nel caso della ripartizione delle quote derivanti dalle scelte non espresse). Ed è l'accesso a tale meccanismo che sempre di più è parso

---

[8] Cfr., al riguardo, il rigoroso inquadramento teorico veicolato in NICOLA COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 124 e ss.

[9] Sulla valutazione funzionale del fine cultuale, ANTONIO FUCCILLO, *Le nuove frontiere dell'ecclesiasticità degli enti. Struttura e funzione delle associazioni ecclesiastiche*, Jovene, Napoli, 1999, p. 135.

[10] In special modo a partire dalla situazione italiana, v. NICOLA FIORITA, *Il pluralismo in materia religiosa nel settore del finanziamento pubblico delle confessioni*, in Sara Domianello, a cura di, *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 75-86.

[11] Anche perché l'accesso a tale sistema di finanziamento appare oggettivamente favorire chi ne beneficia, a prescindere da valutazioni sulla consistenza numerica del gruppo religioso o sull'utilizzo dei fondi. Argomentando in tal modo, vedasi anche ANDREA PIN, *Laicità e Islam nell'ordinamento italiano. Una questione di metodo*, CEDAM, Padova, 2010, pp. 44-45.

rilevante affinché mostrassero interesse all'inizio delle trattative gruppi che *stricto iure* non potrebbero essere definiti "confessionali". Potrebbe essere il caso, inoltre, di provare a riferire quale regolamentazione i seguaci valdesi abbiano conseguito negli Stati dove le loro comunità hanno consistenza e tradizioni simili a quella italiana. Attraverso questa prima analisi, infatti, potrebbe chiarirsi, da un lato, se la stessa confessione religiosa (o, più attendibilmente, in realtà, le altre chiese evangeliche, all'interno delle quali quella valdese è una realtà del tutto originale, ma non avversa al dialogo ecumenico con le altre) abbia preferito, in contesti diversi, una regolamentazione ai soli sensi del diritto comune – senza speciali negoziazioni, mentre, dall'altro, ciò varrebbe a segnalare alcuni dei limiti evidenziatisi nella prassi di quegli ordinamenti che adottino un principio di cooperazione tra lo Stato e le confessioni religiose[12]. Come conciliare la tangibile maggiore attitudine alla tutela del pluralismo, cui tali ordinamenti mirano a conformare le proprie legislazioni, con l'evidenziarsi di prassi *contrattuali* tra lo Stato e le Chiese talvolta omologanti o, più spesso, orientate all'esclusione, per ragioni di esclusiva opportunità politica, delle confessioni religiose meno integrate nelle istituzioni civili e culturali dell'ordinamento? Considerazioni siffatte richiamano contestualmente tanto un giudizio sull'efficacia e sulla perdurante attualità della legge n. 449 del 1984, quanto una riflessione sulle modalità di regolamentazione del fatto religioso, che dovranno essere meglio definite sin dal prossimo futuro, pena il riscontrare nuovamente una legislazione inadeguata a favorire la composizione degli interessi collettivi, per come la loro strutturazione e la loro rappresentazione vanno modificandosi nella società italiana.

2. *Le specificità della Tavola valdese nel processo evolutivo delle chiese evangeliche e riformate. Prime considerazioni su come siano state recepite nel diritto italiano e nell'intesa (e nella legge ad essa relativa)*

Dal punto di vista storico-giuridico, si rivela complesso inquadrare correttamente il movimento valdese, rispetto agli anni della sua formazione (la fine del XII secolo, l'inizio del XIII) e alla sua progressiva trasformazione da gruppo di predicatori laici a chiesa organizzata e riconosciuta come tale. Tale previo inquadramento, in ogni caso, sembra necessario, pur non essendo questa la sede per affrontarne in modo compiuto tutte le possibili

---

[12] Sembra maggiormente considerare le note positive di sistemi similari Angelo Licastro, *Il diritto statale delle religioni nei Paesi dell'Unione Europea. Lineamenti di comparazione*, Giuffré, Milano, 2012, pp. 36-52.

implicazioni e dovendosi limitare la trattazione ad isolare ed esemplificare gli episodi e le note tipiche, nella storia valdese, che meglio connotano lo svolgimento complessivo della vicenda confessionale, in particolar modo in Italia. È da convalidare quella dottrina[13], per altro verso maggioritaria, che vede nella nascita del movimento valdese una delle più tangibili espressioni di un senso di malessere piuttosto ampio nei confronti delle prassi ecclesiastiche. Lungi dal volersi rappresentare come un antagonista o, peggio, come un gruppo scismatico dalla Chiesa di Roma, il movimento valdese intendeva, però, instaurare nel limitato territorio del proprio originario radicamento delle pratiche di vita meglio rispondenti al messaggio della povertà evangelica. È, del resto, facilmente comprovabile come i primi seguaci valdesi non perseguissero il più ambizioso disegno della riforma luterana[14], non appena si noti che, per il perfezionamento della professione di fede basata sugli insegnamenti di Lutero, bisognerà attendere la prima metà del XVI secolo: il movimento valdese, perciò, se a tutti gli effetti può conseguire la definizione di "movimento riformato", lo è secondo una tradizione specifica che precede gli insegnamenti luterani di oltre tre secoli. Il fondatore del gruppo è Valdo (o, secondo un latinismo, pare, utilizzato dal medesimo predicatore: Valdesio[15]), mercante di Lione, che, alla vendita dei propri cospicui averi, si dedica ad attività di soccorso e assistenza ai poveri e ai disagiati e alla traduzione delle Scritture in volgare. I due aspetti, rapportati al contesto ordinamentale del XII secolo, si denotano in tutta evidenza come fortemente innovativi, anche sotto il profilo giuridico-canonico, oltre che sotto quello sociale e culturale. La più accreditata dottrina sulla conformazione attuale e sulla genesi storica dello Stato sociale[16], infatti, data proprio ai movimenti locali del tredicesimo secolo le prime forme di assistenza ai bisognosi, nate non con spirito paternalistico o di velato ottenimento di consenso politico, ma come genuina espressione di bisogni comunitari che consentono il sostentamento e la cura di minoranze sociali depresse e in difficoltà. Una certa sperequazione sociale, alimentata da un ceto proprietario tradizionale

---

[13] Tra i primi a fornire solide argomentazioni storico-teologiche a sostegno di tale asserzione non può non ricordarsi Valdo Vinay, *La riforma protestante*, Paideia, Brescia, 1970.

[14] V., pur sottolineando l'adesione dei valdesi alla Riforma, nei secoli successivi, Carlo Tullio-Altan, *Le grandi religioni a confronto. L'età della globalizzazione*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 121 e ss.

[15] L'utilizzo di tale latinismo non pare idoneo a segnalare alcuna discontinuità tra la predicazione valdese e il comportamento del suo fautore, dal momento che, piuttosto, trattasi di un certo gusto stilistico del senso comune, che non intacca la prospettiva prettamente religiosa. In tali termini, v. anche Andrea Sossi, *Medioevo valdese (1173-1315)*, Uniservice, Trento, 2010, pp. 144 e ss.

[16] Tra le opere principali sul punto, sembra doversi ricordare, per tutti, Gerhard A. Ritter, *Storia dello stato sociale* (1991), trad. it. Laterza, Roma-Bari, 2003.

e da un ceto mercantile in parte in formazione, ma proficuamente smarcatosi dalle impellenze dell'estremo bisogno, inevitabilmente mostrava e concorreva a determinare la condizione misera e svantaggiata dei piccoli artigiani e agricoltori, sottoposti a improbe commesse e pretese di soggetti economicamente più forti, nonché ad una ancora violenta condizione di subordinazione alle intemperie stagionali. Quello che per Valdo e per i "poveri di Lione" corrisponde essenzialmente ad una vocazione religiosa, ben connotata da una lettura sincera e appassionata dei passi del Vangelo dove Gesù indica la vendita o la donazione dei propri averi come fondamentale per la salvezza[17], per parte della dottrina giuridica laica rappresenta, con effetti similari, un'istanza sociale che non poteva non essere avvertita dagli spiriti più sensibili, che abitavano in territori disagiati, o isolati, o a contatto con i più emarginati, tra gli abitanti dei primi grandi centri della demografia basso-medievale.

Una interessante dialettica tra elementi propriamente innovativi e tradizioni lungamente *sotterranee*, nella storia della Chiesa, riguarda pure il progetto di Valdo, relativo alla traduzione della Bibbia in volgare: se già dal Concilio di Tours[18], infatti, era stata ammessa la piena dignità delle lingue non rappresentate dal e nel Libro, nella diffusione delle Scritture, la predicazione e, soprattutto, l'insegnamento erano stati affidati quasi esclusivamente al latino – ben diversa cosa dalla pluralità di idiomi locali individuabili in Europa, già a partire dal X e dall'XI secolo. Col risultato, che invero non sembra paradossale, di riscontrare alcune, ancorché limitate, categorie sociali, sufficientemente acculturate e in grado di adoperare, oltre alla lingua latina, anche quella greca e, più raramente, ebraica, e strati più consistenti della popolazione che, pur posti a contatto col latino e non occasionalmente sospinti al suo utilizzo nello scritto, finivano per favorirne quelle corrosioni e forme tarde, tipiche dei periodi in cui la conoscenza linguistica è essa stessa caratterizzata da una poco omogenea diffusione sociale. Un altro elemento di novità, tra i seguaci di Valdo, è la presenza di una predicazione femminile[19]: trattandosi di predicazione laicale, infatti, anche le donne hanno diritto a prendervi parte. A ben vedere, parte di questa originaria (e, all'epoca, abbastanza originale) caratterizzazione si è preservata, nell'elaborazione concettuale valdese, vista l'attenzione che la Chiesa valdese dedica alla con-

---

[17] Sul tema e le sue implicazioni nella legislazione canonica, sino ai giorni nostri, v. diffusamente Geraldina Boni, *Chiesa e povertà. Una prospettiva giuridica*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2006.

[18] Cfr. Michele Colombo, *Oratoria sacra e politica in volgare dal Medioevo ad oggi*, Unicatt, Milano, 2012, p. 27.

[19] Sul fenomeno delle *mulieres pauperes*, invero assai interessante, Marina Benedetti, *La predicazione delle donne valdesi medievali*, in Dinora Corsi, a cura di, *Donne cristiane e sacerdozio. Dalle origini all'età contemporanea*, Viella, Roma, 2004, pp. 135-158.

dizione femminile. Segno di un'impostazione culturale e religiosa non risolvibile soltanto a partire dal rilievo, in sé ovviamente corretto, della presenza, in seno alla confessione, di pastori di sesso femminile. Proprio sulle modalità della predicazione dei poveri di Lione (laicale, aperta, perciò, a una pluralità di ceti e alla compresenza delle due condizioni di genere, condotta attraverso testi diffusi in lingua volgare), si concentra la condanna comminata da Lucio III a Verona, nel 1184[20], con la bolla *Ad Abolendam*: il richiamato documento, evidentemente, costituisce l'espressione più netta del tentativo pontificio di limitare e, frequentemente, reprimere i movimenti religiosi che andavano distanziandosi dalla tradizione precettistica della Chiesa di Roma. Non è casuale, comunque sia, che in esso anche i valdesi ricevano quella qualificazione ereticale che, dal punto di vista dottrinario, non è affatto detto che Valdo avrebbe inteso perseguire. La condanna ereticale si rivela, perciò, elemento importante nella giustificazione del peculiare radicamento italiano del movimento valdese: il gruppo più cospicuo, tra quelli che si dispersero a seguito della condanna, è verosimilmente da ritenersi quello dei *pauperes Lombardi*[21], nonostante, in realtà, alcune componenti fossero arrivate sino all'Ungheria e alla Polonia (dove, attualmente, la consistenza di chiese evangeliche quale quella valdese sembra ridotta quanto l'omologa italiana). Lo stesso Valdo, secondo le prevalenti testimonianze storiografiche, non nutrì simpatie per il gruppo lombardo, anche perché esso non praticava in alcun modo integrale separazione dal mondo, nei modi radicali che aveva raggiunto la stessa vicenda biografica di Valdo, ma penetrava nelle organizzazioni dei lavoratori, sceglieva propri rappresentanti e, addirittura, affidava ai ministri prescelti compiti sacerdotali nella celebrazione eucaristica. Le differenze tra i diversi gruppi locali si conservano fino a tutto il XVI secolo e tali episodi ben meglio ricostruiscono l'evoluzione di una dinamica interna spiccata, persino (e più di quanto si sia soliti ammettere) sotto il profilo dottrinale. A questo titolo, ad esempio, potrebbe ricordarsi, anche agli effetti del diritto confessionale, la scelta del Sinodo valdese nel 1532, a seguito del quale la chiesa valdese decide di aderire alla riforma calvinista, gettando, in sostanza, le basi per un modo di guardare al fenomeno religioso dove Valdo è il fondatore, la guida che ha saputo trascinare con l'esempio e

---

[20] Sulle durevoli conseguenze della bolla per l'esercizio dei diritti di libertà in materia religiosa, v. Gabriella Piccinni, *I mille anni del Medioevo*, Mondadori, Milano, 1999, pp. 286-287.

[21] Sull'esperienza dei *pauperes* e sulle frizioni col movimento ufficiale, uno dei primi rilevanti studi storici va senz'altro ritenuto George Stanley Faber, *An Inquiry into the History and Theology of the Ancient Vallenses and Albigenses: as exhibiting, agreeably to the promises, the Perpetuity of the sincere Church of Christ*, 1838, Seeley and Bumside, London, pp. 366 e ss.

con la testimonianza personale, ma dove i riferimenti teologici sono essenzialmente (e resteranno) Calvino e Lutero. Tra gli episodi che segnalano, invece, nei secoli successivi, la permanenza di persecuzioni a danno dei valdesi in Italia, vale la pena di rimarcare il massacro di Guardia Piemontese (nel 1561) e le cd. *Pasque piemontesi* (nel 1655 e proprio in una delle zone più caratterizzate dalla presenza di comunità valdesi, persino più che la Liguria e la Lombardia). Prima di analizzare più da vicino questi tragici episodi, giova anticipare un'acquisizione accolta dalla dottrina ecclesiasticistica: le cicliche persecuzioni subite dai valdesi, che, nei periodi di minore ostruzionismo da parte dei poteri civili e religiosi, formavano comunità essenzialmente pacifiche e relativamente benvolute, e la valenza simbolica che i protratti abusi ebbero per generazioni e generazioni di valdesi, furono determinanti nel favorire l'avvicinamento dei fedeli valdesi, prima ai valori risorgimentali (improntati a un liberalismo radicale e sociale) e, in un secondo momento, alla Resistenza e alla liberazione dal nazifascismo. Le ingiustizie del passato ingenerarono la speranza che un mutamento di ordine costituzionale, che fosse l'unificazione nel 1861 o la repubblica costituzionale tra il 1945 e il 1948, potesse significare anche la cessazione degli attacchi persecutori e il pieno ristabilimento di condizioni di pari libertà. Rispetto a quanto indicato nella premessa della presente trattazione, si è, nuovamente, in presenza di un elemento riscontrabile anche presso altre esperienze religiose: la valenza del trattamento giuridico tradizionalmente ricevuto in un dato territorio statuale (si pensi alle comunità ebraiche[22] e, forse, alle più strutturate organizzazione islamiche) quale presupposto per ricercare una specifica disciplina giuridica (migliorativa) in luogo di un'altra. In ordine al massacro dei valdesi a Guardia Piemontese[23], comunque sia, l'analisi storiografica pare ancora incerta e divisa, tra quanti ritengono che l'eccidio fu compiuto essenzialmente ad impulso del Viceregno napoletano (che così perseguiva una minoranza religiosa che non si conformava ai dettami di un influente alleato politico e che pure altri profili di riottosità e disobbedienza rispetto all'ordine costituito avrebbe potuto presentare) e chi, all'opposto, valuta il Sant'Uffizio come originario promotore del massacro valdese, utilizzando,

---

[22] V., tra i molti, ATTILIO MILANO, *Storia degli ebrei in Italia*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 471 e ss.; per i rilievi politico-costituzionali presentati nel testo soccorre FRANCO DELLA PERUTA, *Gli Ebrei nel Risorgimento fra interdizioni ed emancipazione*, in *Gli Ebrei in Italia*, II, Einaudi, Torino, 1996, pp. 1133-1167.

[23] Cfr., anche a dar conto dei diversi indirizzi storiografici sorti, VITO TETI, *Il senso dei luoghi: memoria e storia dei paesi abbandonati*, Donzelli, Roma, 2004, pp. 313 e ss. A sottolineare le responsabilità ecclesiastiche in senso antiereticale, rispetto al coinvolgimento dell'esercito napoletano, v., invece, ANACLETO VERRECCHIA, *Giordano Bruno: la falena dello spirito*, Donzelli, Roma, 2002, p. 43.

certamente, l'esercito spagnolo, ma in quanto braccio secolare di una truce condanna, già altrove stabilita. È pacifico che i valdesi fossero stati destinatari di una serie di provvedimenti restrittivi, all'esecuzione dei quali, anche negli anni antecedenti al massacro, furono demandati poteri inquisitoriali all'abate di San Sisto, Bernardino d'Alimena, e al Vescovo di Lesina, Orazio Greco[24]. Ed è altrettanto condiviso in dottrina lo *status* della comunità calabrese in Calabria, dove a dispetto delle limitazioni giuridiche e del rinnovato impegno antiereticale (tanto sotto Paolo IV, quanto sotto Pio IV[25]) i valdesi vivevano in modo tranquillo e, semmai, auspicandosi di raggiungere lo stesso livello organizzativo conseguito dai *fratelli* piemontesi, con proprie chiese e propri ministri – una scelta che, invece, non era stata condivisa dopo il 1532 dai valdesi non riformati. Appaiono, perciò, condivisibili almeno tre aspetti, che fanno ritenere, con tutta la prudenza del caso, preferibile quell'interpretazione che colloca il massacro valdese nell'ambito dei nuovi provvedimenti antiereticali e non nel contesto di una singola azione di forza, attribuibile esclusivamente al Vice-Reame napoletano: a) l'esistenza di una serie di limitazioni, tanto formalmente prescritte, quanto, e più, da adottarsi, precauzionalmente, in capo ai seguaci valdesi in Calabria; b) l'intenzione dei valdesi di Calabria, nonostante il clima ben poco favorevole alla tutela del dissenso religioso, di dotarsi di strutture istituzionalmente più stabili, in consonanza con quanto era avvenuto nelle comunità piemontesi; c) la debole conflittualità della popolazione valdese rispetto a quella cattolica (probabilmente anche per lo stile di vita, dimesso e mite, adottato dai seguaci valdesi). Sia consentito di notare, a margine di questa analisi che certo non esaurisce le questioni storiche aperte, come a Guardia Piemontese sia ancora diffusamente ricordato il massacro avvenutovi, ma anche come, nella zona del Cosentino interessatavi, si sia sostanzialmente dispersa la presenza di una minoranza religiosa in continuità con l'eredità affettiva e simbolica dei valdesi massacrati nel 1561; è restato, invece, il riconoscimento anche a fini pubblicistici di minoranze linguistiche occitane – la lingua nella quale predicavano anche i valdesi di Calabria, non essendo, qui, opportuno entrare nel merito delle possibili evoluzioni e/o corrosioni linguistiche, invero difficilmente verificabili, stante la natura appartata e isolata delle comunità valdesi dell'epoca, non esclusivamente in Calabria.

Quanto alle *Pasque piemontesi* del 1655 è, forse, il caso di sottolineare

---

[24] Pierroberto Scaramella, *L'Inquisizione romana e i valdesi di Calabria (1544-1703)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999, pp. 51 e ss.

[25] Fondamentale, in tal senso, la più generale ricostruzione storica fornita in Pio Paschini, *Venezia e l'Inquisizione romana. Da Giulio III a Pio IV,* Antenore, Padova, 1959, *passim*.

come alcuni elementi finiscano per riproporsi[26]. Innanzitutto, il massacro iniziato con la presa di Torre Pellice è compiuto da milizie regie (sabaude, in questo caso), ma nel contesto di dinastie monarchiche che ricercano un'intesa diretta col potere della Chiesa cattolica e che mirano a mostrarsi più che solerti nella realizzazione di opere o conquiste, direttamente o indirettamente, favorevoli alla Chiesa stessa. Non sorprendentemente, l'episodio si realizza in un momento in cui la comunità valdese appare indebolita, innanzitutto da una politica intenzionata a favorire un sempre più costrittivo arretramento nelle zone meno accessibili delle valli; l'elemento di apparente rassicurazione, in questo caso, fu costituito, per alcuni anni, dalla revoca o, comunque sia, dalla sospensione dell'efficacia dell'Editto del 15 Maggio del 1650 (e, nel frattempo, addirittura, da una forma di conciliazione negoziale tra il Ducato e la comunità valdese, per ripristinare alcune delle libertà che gli editti del XVII secolo avevano progressivamente mirato a comprimere). Nel caso delle *Pasque piemontesi*, v'è addirittura, specialmente nel XVIII e nel XIX secolo, un non troppo appassionante e condivisibile dibattito storiografico sul computo delle vittime del massacro[27]. Ciò non toglie, tuttavia, la forte repressione subita dalle comunità valdesi e le caratteristiche essenziali della loro conformazione *esterna* – in parte rilevabile anche in quanto causa della scelta, da parte del legislatore civile, di questo interlocutore confessionale (e non di altri, sebbene più cospicui) come primo soggetto stipulante un'intesa con lo Stato. Comunità riservate, che interagiscono con le popolazioni locali in modo non prevaricatorio, che vivono la fede in una dimensione essenzialmente privata e che non perseguono affatto forme invasive di proselitismo (anzi, che rispetto ad esse nutrono a tutt'oggi non banali perplessità di carattere etico e teologico). E che, soprattutto, tendono ad osservare le leggi civili, a favorire istituti di solidarietà sociale e a dotarsi, al proprio interno, di consuetudini e norme scarsamente conflittuali. Oltre che un tardivo riconoscimento di colpe e un'inadeguata strategia *risarcitoria*, è, forse, questa la ragione per cui Re Carlo Alberto, nel 1848 e pur, di lì a poche settimane, con uno Statuto del Regno di impronta marcatamente confessionistica[28] (nonostante il prevalere di ideologie liberali, in campo ci-

---

[26] V. Francesco Ruffini, *La libertà religiosa. Storia dell'idea* (1901), Feltrinelli, Milano, 2001, pp. 259-263.

[27] A chiarificare i termini di una questione che, se ridotta al solo piano numerico, non pare essere decisiva e, anzi, distoglie dall'attenta valutazione storica dell'accaduto, v. il volume Enea Balmas, Grazia Zardini Lana, a cura di, *La vera relazione di quanto è accaduto nelle persecuzioni e i massacri dell'anno 1655. Le "Pasque piemontesi" del 1655 nelle testimonianze dei protagonisti*, Claudiana, Torino, 1987.

[28] Giuseppe Leziroli, *Relazioni fra Chiesa cattolica e potere politico*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 155 e ss.

vile ed economico, in molte *elites* del tempo[29]), concede ai valdesi le Lettere patenti per il godimento dei diritti civili. Anche in questo caso, si tratta di una innovazione, che poi si afferma pure a vantaggio di altre comunità (al 17 Febbraio del 1848 datano le Lettere ai valdesi, il 15 Marzo i provvedimenti omologhi in favore degli ebrei).

Sarebbe inavveduto sostenere che, negli altri Paesi in cui esistono chiese valdesi, esse abbiano subito le stesse peregrinazioni patite in Italia. È, d'altra parte, opportuno passare brevemente in rassegna alcuni tratti storico-giuridici di questi insediamenti e utilizzare i risultati della conseguente comparazione anche come metro di paragone per rileggere lo statuto giuridico conseguito dai valdesi in Italia, attraverso la legge n. 449 e le successive intese di revisione. Sarebbe, innanzitutto, necessario iniziare l'esposizione dalla *Iglesia Valdense del Rio de La Plata*, che raccoglie alcune migliaia di fedeli tra l'Argentina e l'Urugay, con nuclei ancor più ridotti negli altri Paesi latino-americani. Detta comunità, che pure ha, in proporzione, un numero di aderenti ben meno cospicuo di quella italiana (essendo in minor numero già in termini assoluti e considerando la maggior consistenza demografica del Sud America rispetto alla popolazione italiana), è meritoriamente giunta ad una certa notorietà per ragioni che preme sottolineare[30]. Non solo, infatti, l'*Iglesia Valdense* delle origini, di poco antecedenti all'unificazione italiana, era essenzialmente chiesa di immigrati piemontesi, lombardi e veneti trasferitisi nell'America Latina, come molti connazionali per tutto il periodo che va dalla metà del XIX secolo alla metà del XX; ha poi saputo aprirsi alle culture locali e raggiungere anche seguaci non di origine italiana ed è spesso stata attiva nei rivolgimenti politico-costituzionali che hanno riguardato l'Urugay e l'Argentina. Più facilmente controllabile della Chiesa cattolica o delle chiese protestanti di dimensioni più significative, più spesso oggetto di attività repressive perché dichiaratamente influenzata da quei valori di progressismo sociale che i valdesi in Italia avevano potuto difendere e far propri sin dal periodo risorgimentale, l'*Iglesia Valdense* ha mantenuto dei connotati di apertura e di interpretazione evolutiva delle Scritture e dei diversi contesti sociali, sostenendo i cambiamenti della legislazione statuale più favorevoli all'espansione dei diritti civili[31], anche a vantaggio di unioni tra persone del-

[29] Di questo avviso, tra gli altri, Pasquale Lillo, *I limiti all'esercizio della libertà religiosa nell'Italia liberale*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2003, pp. 37 e ss.

[30] Una più puntuale ricostruzione storica su tale chiesa in Joseph Visconti, *The Waldensian way to God*, Xulon Press, Maitland, 2003, pp. 573 e ss.

[31] Un meccanismo similare non sembra, all'opposto, star realizzandosi in Italia, come può rilevarsi in Fortunato Freni, *Il pluralismo in materia religiosa nei processi di giuridificazione delle questioni bioetiche*, in Sara Domianello, a cura di, *Diritto e religione in Italia*, cit., pp. 99 e ss.

lo stesso sesso. In più, si è impegnata attivamente per evitare la reiterazione dei crimini e delle limitazioni alle libertà politiche sperimentati negli anni della dittatura. Un simile impegno risulta significativo rispetto alla tradizione recente dei movimenti evangelici in tutto il continente americano[32]. Essi, infatti, pur nati aderendo a molte delle dottrine teologiche successive alla Riforma protestante, hanno, nei fatti, non solo finito per caratterizzarsi con organizzazioni più centralistiche e meno assembleari, di quanto avrebbe suggerito la nascita del congregazionalismo, ad esempio, negli Stati Uniti, ma soprattutto, dal punto di vista delle posizioni concretamente osservabili in campo bioetico o nel rapporto con gli Stati nazionali, paiono sovente sostenitori di soluzioni legislative persino più prudenti e conservative di quelle non di rado fatte proprie dal Magistero della Chiesa cattolica. Il termine di paragone non ha affatto valenza dispregiativa, al contrario vale a segnalare che, per quanto si sia addebitato, da parte di numerosi movimenti sociali latino-americani (e non solo), un certo ostracismo della cultura cattolica nei confronti delle riforme civili, forme di ostruzionismo ancora più marcate sono venute da componenti ecclesiali che l'osservatore europeo finisce spesso per espungere dalla propria analisi. Errore non di poco momento, visto che il vasto mondo degli evangelici, dei pentecostali e degli apostolici in Sud America raggiunge alcune decine di milioni di persone[33].

Rispetto alle vicissitudini dei valdesi in Sud America, l'attuale conformazione delle chiese evangeliche in Germania e in Svizzera sembra essere stata il risultato di un processo meno problematico, eppure non meno interessante. In particolar modo, in Germania, a segnalare ulteriormente come i valdesi non abbiano preconcetti rapporti di ostilità nei confronti delle altre strutture ecclesiastiche o degli stessi ordinamenti civili, le comunità valdesi sono state sostanzialmente riassorbite all'interno delle chiese di origine luterana o calvinista, in parte perdendo gli originari rapporti con le comunità europee rimaste, invece, anche nominalmente "valdesi". Tale percorso è, del resto, almeno indirettamente incentivato dalla posizione della Repubblica federale tedesca in materia di regolamentazione del fatto religioso[34], attraverso l'accesso delle chiese a un sistema di *corporazioni di diritto pubblico* (per cui dei fenomeni di ricomposizione e di coordinamento tra realtà ecclesiastiche

---

[32] Come poteva opportunamente osservarsi già in Bruce Kenrick, *Parrocchie nell'altra faccia dell'America* (1965), trad. it. Jaca Book, Milano, 1977, pp. 85 e ss.

[33] Philip Jenkins, *La terza chiesa. Il cristianesimo nel XXI secolo* (2002), trad. it. Fazi, Roma, 2004, pp. 108 e ss.

[34] Una opportuna analisi sugli elementi fondanti del sistema giuspubblicistico tedesco trovasi in Stefano Testa Bappenheim, *Brevi cenni introduttivi alla fattispecie del* Kirchenaustritt *in Germania*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2011, pp. 327 e ss.

affini sono, forse, più frequenti che in Italia). In modo parzialmente diverso, in Svizzera, si è preservata una qualche continuità delle chiese evangeliche di lingua italiana, rispetto ai valdesi piemontesi, realizzando così un sistema *ibrido*, che alla tipica organizzazione statale della Confederazione elvetica aggiunge alcuni elementi del modello tedesco (in particolar modo, una maggiore coesione progressiva dei movimenti evangelici) e altri più vicini alla condizione attuale dei valdesi in Italia (non ultimo, il legame statutario di alcune chiese evangeliche con le comunità valdesi italiane).

Alcuni comprensibili fenomeni di assimilazione culturale hanno, poi, interessato il movimento valdese statunitense, al punto che lo statuto relativo a tali gruppi sembra molto limitatamente comparabile con quello italiano, non soltanto per la marcatamente diversa caratterizzazione costituzionale degli Stati Uniti rispetto a quella della Repubblica italiana, anche in materia di disciplina civile del fenomeno religioso[35]. In ogni modo, è da segnalare che sin dagli anni Venti tutte le missioni valdesi e tutte le comunità si sono raccolte nella Chiesa presbiteriana[36]; in ciò, verosimilmente, l'esempio negativo di quello che avveniva in Italia non fu del tutto sottovalutato, dal momento che i seguaci valdesi scelsero naturalmente di avvicinarsi alla chiesa istituzionale più cospicua, tra quelle che più potevano presentare elementi comuni con la tradizione valdese, prima, e calvinista, poi. Non sembra avere avuto particolare seguito, invece, il tentativo di alcuni seguaci valdesi di costituire un inedito *tertium genus* tra la confluenza nella Chiesa presbiteriana e la rivendicazione di una continuità con la tradizione valdese, ma giuridicamente autonoma dalla chiesa valdese italiana. La *Vecchia chiesa valdese degli anabattisti*, come movimento organizzato, pur avendo avuto una sua significatività in diversi contesti locali e una qualche incisività nelle politiche religiose dei singoli Stati federati, costituisce ora più la memoria storica di una certa immigrazione italiana, che non una chiesa di proporzioni cospicue, quanto quella presbiteriana[37]. Se dalla breve rassegna realizzata, dapprima alla ricerca delle specificità storiche palesate dalla Chiesa valdese in Italia e, per

---

[35] Sulla natura, almeno programmaticamente, "amichevole" del Separatismo americano, tornano Vittoria Barsotti, Nicola Fiorita, *Separatismo e laicità. Testo e materiali per un confronto tra Stati Uniti e Italia in tema di rapporti stato/chiese*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 4-9. Per una più ampia ipotesi ricostruttiva Martha C. Nussbaum, *Libertà di coscienza e religione* (2008), trad. it. il Mulino, Bologna, 2009.

[36] Cenni efficaci su questa esperienza ecclesiastica, in rapporto alla comunità valdese, in Renzo Turinetto, *Sulle tracce dei valdesi nel Nord-Ovest degli Stati Uniti d'America*, in *l'Eco delle Valli*, 17 Ottobre 1997.

[37] Sulle risalenti radici storiche di forme di comunione e condivisione tra la dottrina valdese e quella anabattista, v., per tutti, Clemente Galligani, *Eresia e ortodossia. Dal Medioevo ai giorni nostri*, Armando, Roma, 2003, pp. 20 e ss.

più brevi cenni, di caratteristiche comuni alle chiese evangeliche valdesi nel mondo (anche quanto alla disciplina civile da queste conseguita nei secoli), sono venuti elementi utili alla tipizzazione delle caratteristiche fondamentali di tale gruppo religioso, ivi comprese le posizioni assunte nei confronti delle autorità statuali, si potrà ora passare ad un'analisi più ravvicinata dei contenuti delle *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese*. Può sin d'ora anticiparsi che, nel seguito della trattazione, ai termini di paragone, costituiti da episodi storici riguardanti la Tavola valdese in Italia e dai rapporti tra i valdesi e i loro diversi contesti nazionali di riferimento, si aggiungerà, in modo ancor maggiormente diffuso, il collegamento alle soluzioni legislative approntate dal legislatore bilaterale, dal 1984 in poi, per le confessioni religiose diverse da quella cattolica. Tanto nei limiti, che quella disciplina pur finisce per dimostrare, quanto nei meriti, che hanno significato l'estensione di istituti di garanzia a favore delle successive confessioni religiose stipulanti, il modello della legge n. 449 è stato utilizzato con frequenza e (purtroppo, spesso) limitata avvedutezza.

In primo luogo, costituisce motivo di riflessione la scelta avanzata nel primo articolo della legge, laddove si statuisce espressamente la cessazione dell'efficacia, nei confronti della Tavola valdese, della legge n. 1159/1929 e del regolamento adottato col Regio decreto n. 289/1930 (il complesso di provvedimenti relativi ai *culti ammessi*)[38]. In questo senso si apprezza, attraverso un passaggio logico che verrà riproposto nelle intese successive, anche con i gruppi religiosi che non erano presenti in Italia al tempo dell'introduzione della legislazione sui culti ammessi, una espressa intenzione di discontinuità rispetto al sistema normativo previgente. Tra la possibilità di dichiarare la cessazione dell'efficacia soltanto per i profili divenuti incompatibili alla nuova normativa, a seguito dell'entrata in vigore della legge di derivazione bilaterale (soluzione che avrebbe potuto spingere l'interprete meno avvertito a ricercare profili di *ultra-attività* della legge unilaterale, anche ad intesa già approvata) o la più semplicistica decisione di non dichiarar nulla al riguardo, si sceglie, invece, l'esplicita dichiarazione della radicale inapplicabilità della legge n. 1159 e del r. d. n. 289 alle chiese rappresentate dalla Tavola valdese. L'individuazione del soggetto confessionale stipulante non è meno indicativa: a concludere l'intesa non è una religione, attraverso

---

[38] La legislazione cui si fa riferimento nel testo deve, comunque sia, essere contestualizzata nel periodo storico della sua emanazione e, in essa, pur emergono dei profili che la distinguono dalle politiche religiose attuate dai primi governi liberali del Regno. In tali termini, v. Giovanni Battista Varnier, *Fascismo e minoranze religiose: linee di una ricerca*, in Aa. Vv., *Scritti in memoria di Pietro Gismondi*, II, II, Giuffré, Milano, 1991, pp. 463-490.

rappresentanti individuati per carisma o convenzione tra i fedeli, ma ben più opportunamente quell'ente esponenziale che rappresenti l'insieme delle chiese che si riconoscono in quella prospettiva confessionale (sicché, in conformità al dettato costituzionale, i rappresentanti non possono che essere individuati dalla confessione in via statutaria[39]). Questo intento di politica legislativa si perfeziona, debitamente validato dalle stesse rappresentanze valdesi, nel successivo articolo 2. Al secondo comma, infatti, la Repubblica riconosce che *le nomine dei ministri di culto, la organizzazione ecclesiastica e la giurisdizione in materia ecclesiastica, nell'ambito dell'ordinamento valdese, si svolgono senza alcuna ingerenza statuale*. La formula utilizzata (la "giurisdizione in materia ecclesiastica") non appare del tutto precisa, a meno che non si intenda l'esercizio del potere giurisdizionale interno[40] all'ordinamento confessionale, cioè quanto riguardi l'organizzazione delle chiese e le regole di cui esse si dotino in conformità al principio dell'autonomia statutaria. Ai fini applicativi, segna un motivato profilo di discontinuità anche l'esplicita dichiarazione di non ingerenza statuale nella nomina dei ministri di culto: se detta ingerenza, ad avviso di dottrina prevalente, è nei fatti limitata anche per le confessioni religiose non stipulanti o, in via di principio, dovrebbe essere sempre più ridimensionata[41], essa, comunque sia, era dichiaratamente fatta propria dal disegno di politica ecclesiastica del legislatore fascista. Per parte propria, la Tavola valdese tiene a far apertamente risaltare il rifiuto del *braccio secolare*, cioè del concorso giurisdizionale ed esecutivo statuale per l'attuazione dei propri provvedimenti adottati in materia disciplinare o spirituale. Ciò, nel caso di specie, segnala evidentemente una peculiarità della teologia protestante, che vede una separazione netta tra la sfera di competenza civile e quella ecclesiastica (in modo più evidente, forse, nella disciplina matrimoniale), ma vale pure a ribadire una caratterizzazione del principio di laicità, per come conformato dalla stessa giurisprudenza costituzionale in materia[42]. Ancorché sia difficile individuare l'equidistanza e l'imparzialità, nel senso particolarmente rigoroso che avrebbe voluto imprimervi il separa-

---

[39] Salvatore Berlingò, *Autonomia e pluralismo confessionale, eguale libertà e sistema normativo*, in Valerio Tozzi, a cura di, *Studi per la sistemazione delle fonti in materia ecclesiastica*, Edisud, Salerno, 1993, pp. 84 e ss.

[40] Secondo questa prospettiva, cfr., tra gli altri, Angelo Licastro, *Contributo allo studio della giustizia interna alle confessioni religiose*, Giuffré, Milano, 1995, pp. 1-12.

[41] In tali termini, Angelo Licastro, *Sui requisiti "morali" per l'approvazione della nomina dei ministri dei "culti ammessi" (osservazioni a TAR Sicilia - Catania, Sez. II, 28 Settembre 2007, n. 1505)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (http://www.statoechiese.it), Gennaio 2008.

[42] Prospettiva in larga misura disattesa dall'intervento legislativo, come poteva osservarsi già in Salvatore Berlingò, *Autonomia e pluralismo confessionale*, cit.

tismo francese[43], non è revocabile in dubbio che tali equidistanza e imparzialità non possano essere davvero integrate se lo Stato soccorre la confessione, attuando in sua vece o su sua indicazione dei provvedimenti di esclusiva pertinenza confessionale. E tale caratteristica del principio di laicità sarebbe parimenti violata se ad esigere l'intervento statuale fosse la confessione religiosa, come chiaramente, ma su un ambito più limitato dell'ordinamento giuridico, lascia intendere il successivo articolo 4: "*la Repubblica italiana prende atto che la Tavola valdese, nella convinzione che la fede non necessita di tutela penale diretta, riafferma il principio che la tutela penale in materia religiosa deve essere attuata solamente attraverso la protezione dell'esercizio dei diritti di libertà riconosciuti e garantiti dalla Costituzione, e non mediante la tutela specifica del sentimento religioso*". In proposito, possono darsi almeno due interpretazioni contrapposte, che l'inadeguata e tardiva riforma del Codice penale italiano[44] ha fatto assurgere al ruolo di vere opzioni legislative distinte, e non a quello, ben più tralatizio, di mere ipotesi di scuola. Non v'è dubbio che, dopo gli Accordi modificativi tra lo Stato e la Chiesa cattolica del 1984 (ma, ad avviso di altra dottrina, sin dall'entrata in vigore della Costituzione[45]), l'esistenza di una classe di norme di diritto sostanziale, specificamente volte alla tutela del sentimento religioso dei fedeli cattolici e al rispetto verso le loro istituzioni, avesse perso la propria ragion d'essere. Perciò, la riformulazione dei cd. *reati d'opinione*, sulla base di quella giurisprudenza che ha censurato le indebite differenze di regime (e di cornice edittale) tra la lesione recata alla fede cattolica, in quanto espressione della religione di Stato, e quella avanzata contro gli altri culti, va certamente nel senso di aggiornare ulteriormente il sistema normativo italiano, verso una più puntuale attuazione del principio di laicità (che, in quanto principio *supremo*, non scritto e non sottoponibile a revisione costituzionale, non è,

---

[43] Per alcuni limiti relativi alla prospettiva francese, come analizzati dalla dottrina più recente, v. Maria d'Arienzo, *La "religione" della laicità nella Costituzione francese*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2012, pp. 3-20; un ampio resoconto su quanto, da tempo, il tema interrogasse la dottrina poteva rinvenirsi, tra gli altri, in Laura Governatori Renzoni, *La separazione tra Stato e Chiesa in Francia e la tutela degli interessi religiosi*, Giuffré, Milano, 1977.

[44] Assecondando il rilievo assiologico rappresentato in Giovanni Fiandaca, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Giuffré, Milano, 1991, p. 185, risulta pienamente condivisibile la ricostruzione di Giuseppe Casuscelli, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (http://www.statoechiese.it), Novembre 2008, pp. 21-26.

[45] Il fatto che l'imposizione di una religione di Stato, in realtà del tutto incompatibile con la Carta repubblicana, fosse stata esplicitamente messa da parte solo con gli Accordi del 1984, è, del resto, opportunamente segnalato, tra gli altri, in Valerio Tozzi, *C'è una politica ecclesiastica dei Governi. E la dottrina?*, in Paolo Picozza, Giuseppe Rivetti, a cura di, *Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, Giuffré, Milano, 2007, pp. 149 e ss.

però, univoco, né sottoposto a un contenuto predeterminato). Tuttavia, è parimenti sostenibile l'altra opzione, più radicale, in forza della quale, ad avviso dei rappresentati della Tavola e come, in larga misura, confermato dalla più accreditata teologia valdese[46], sia il sentimento religioso in sé – a prescindere dalla qualificazione confessionale del danneggiato o della vittima del reato – inidoneo ad essere tutelato attraverso specifiche disposizioni civili. In altri termini, per le più rigorose concezioni del principio di separazione che sono state elaborate nella cultura protestante, la stessa offesa al sentimento religioso potrebbe (*rectius*: dovrebbe) essere repressa secondo norme di diritto comune e non costituire il presupposto di una precipua norma incriminatrice. Questa ipotesi, che invero pare non rispondente allo stato del processo di secolarizzazione, dove il *ritorno del sacro* è spesso vissuto con autentica partecipazione, riconsegnando, perciò, a pieno titolo il sentimento religioso tra i beni giuridici meritevoli di tutela[47], è, comunque sia, da rispettare e sarebbe stato ingenuo pretendere dalla legge n. 449 il prendere parte verso proposte radicalmente abolizioniste dei reati correlati alla tutela della sfera religiosa. Basti ribadire come, ad avviso della Tavola valdese, il criterio necessario e sufficiente della disciplina penalistica debba essere la tutela dei diritti di libertà costituzionalmente riconosciuti e garantiti. Senza entrare nel merito di un giudizio sulla coerenza del legislatore nel dare attuazione, attraverso le leggi ordinarie, al dettato costituzionale.

In quell'ambito del diritto statuale negoziato con le confessioni religiose, che è definito come *diritto comune delle intese* (cioè, disposizioni che si ripropongono con tale uniformità, persino nello strumento di diritto *speciale*, da poter essere ormai considerate quasi esse stesse parte del diritto *comune*[48]), relativo all'assistenza nelle comunità separate (artt. 5-8 della legge in commento), meglio si intuisce la valenza dell'intesa con la Tavola valdese quale fonte paradigmatica di tutta la disciplina sul punto. A prescindere che l'assistenza apprestata si svolga in luoghi interessati al servizio militare, come nell'articolo 5, negli istituti ospedalieri, come all'articolo 6, o negli istituti penitenziari – ove vale la pena rimarcare l'elevato significato morale dell'assistenza in condizioni così disagiate e, spesso, degradanti, come all'articolo 8, gli oneri finanziari per lo svolgimento delle suddette forme di assistenza

---

[46] Ciò è, verosimilmente, subordinato a un sentimento di sfiducia e diffidenza nei confronti dell'ingerenza statuale, come acutamente può osservare Giorgio Rochat, *Regime fascista e chiese evangeliche: direttive e articolazioni del controllo e della repressione*, Claudiana, Torino, 1990, pp. 16-17.

[47] V., in argomento, Vincenzo Pacillo, *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 Febbraio 2006, n. 85. Problemi e prospettive di comparazione*, Giuffré, Milano, 2007, pp. 7 e ss.

[48] Su tali aspetti, cfr., tra gli altri, Nicola Colaianni, *Diritto pubblico delle religioni*, cit., p. 149; Barbara Randazzo, *Diversi ed eguali*, cit., pp. 373-374.

spirituale sono a carico degli organi ecclesiastici competenti (e non dello Stato). È un servizio di assistenza che è predisposto dalla confessione religiosa per i propri fedeli, o per chi lo richieda, ed è, perciò, essa che vi provvede, senza voler ricorrere al contributo economico statuale e diversamente da quanto avviene, ai sensi del diritto concordatario negoziato con la Chiesa cattolica. Di interesse che ciascun articolo riproponga la natura qualificata del ministro che svolge l'assistenza: ministri iscritti nei ruoli della Tavola valdese nelle località ove si presti il servizio militare o nel caso dell'assistenza in strutture di cura, attraverso ministri di culto designati dalla Tavola valdese (questa la dicitura espressa nell'articolo 8) nel caso dell'assistenza penitenziaria. Ciò vale a ribadire, a ogni livello del servizio assistenziale approntato, il principio dell'autonomia statutaria e la conseguente non ingerenza statuale: ministri di culto scelti dalla Tavola, in ruoli da essa debitamente tenuti, che svolgono il servizio loro attribuito in conformità alle leggi statuali, ma su *mandato* della Tavola stessa. La legge getta i presupposti per un'applicazione di detta disciplina sulla base di un principio di reciprocità, almeno stando al contenuto dell'articolo 7, relativo all'assistenza religiosa dei ricoverati negli ospedali evangelici di Genova, Napoli, Pomaretto, Torino e Torre Pellice. Se, in ossequio a quell'idea di radicale separazione *supra* ricordata, tali istituti ospedalieri evangelici valdesi non sono tenuti ad apprestare il servizio assistenziale previsto ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica, n. 128/1968[49], comunque sia, viene assicurata l'assistenza spirituale ai ricoverati di qualunque confessione religiosa, senza limiti d'orario e a cura della direzione dell'ospedale, tramite gli organi di ciascuna confessione religiosa – non sarà, perciò, la direzione ospedaliera evangelica ad inibire l'accesso o ad imporre la scelta di un ministro cattolico, apostolico, buddhista… in luogo di un altro. Però, tale attività è realizzata a carico degli organi della confessione cui appartenga il ministro del culto del ricoverato nell'ospedale evangelico, che voglia ricevere l'assistenza spirituale secondo la propria appartenenza religiosa e non secondo quella valdese, nella stessa misura in cui sono gli organi della Tavola valdese a coprire gli oneri finanziari dell'assistenza spirituale, apprestata nelle strutture pubbliche a beneficio dei propri fedeli.

Una disciplina particolarmente interessante è quella che si rinviene al combinato disposto degli artt. 9 e 10, relativa all'istruzione religiosa. Anch'essa pare abbia funzionato da *apripista*, mai sostanzialmente superato, per le successive disposizioni di carattere bilaterale, anticipando, per altro verso, alcuni profili poi più diffusamente fissati nella legislazione unilaterale

---

[49] Sui cui profili critici può leggersi, tra gli altri, Simona Briccola, *Libertà religiosa e "res publica"*, Cedam, Padova, 2009, p. 58, n. 32.

civile. Se nel primo comma dell'articolo si rinviene, infatti, una disposizione di tipo essenzialmente programmatico, attribuendo alle famiglie e alle chiese il ruolo di educare e formare la gioventù e i fanciulli in materia religiosa, si precisa, comunque sia, che i discenti che appartengono alle chiese valdesi non riceveranno alcun insegnamento di catechesi, di dottrina religiosa e di pratiche di culto nelle scuole. In questa sede, si evidenzia non la semplice, ancorché necessaria, presa di distanze dal metodo della legislazione sui culti ammessi, bensì l'intenzione della Tavola valdese di non volere ricalcare per sé quelle discipline che, invece, erano state ottenute e accolte dalla Chiesa cattolica prima con i Patti Lateranensi del 1929 e, successivamente (e non sempre in modo radicalmente nuovo), con gli Accordi modificativi del 1984[50]. Che ciò sia avvenuto è giustificabile almeno per due ordini di ragioni, che paiono complementari, più che realmente contrapposte: l'esplicita volontà della Tavola valdese di non ricercare una regolamentazione di favore che emulasse quella relativa alla Chiesa cattolica, ma contemporaneamente l'oggettiva valutazione circa una sua impossibile conseguibilità, nella prospettiva statuale, oltre che in quella confessionale. Il secondo comma chiarisce ulteriormente questi punti di vista, reciprocamente convergenti quanto ai risultati e, invero, assai differenti, quanto alle motivazioni addotte per il loro raggiungimento: vi si statuisce, infatti, la libertà di coscienza di tutti, concretizzantesi nel diritto di non avvalersi delle pratiche e dell'insegnamento religioso. Si potrebbe persino aggiungere che tanto l'intesa conclusa il 3 Aprile del 1986, quanto la legge unilaterale (generale), n. 281/1986[51], abbiano avuto modo di estendere tale libertà di scelta, quanto all'età del soggetto titolato a farla valere (non solo, perciò, ai maggiorenni), ma l'aspetto che merita di risaltare come il più interessante è, forse, quello per cui non fu necessario attivare il procedimento di adozione della legge di approvazione dell'intesa del 1986, almeno parzialmente superato, appunto, dall'emanazione di una legge generale, prudentemente da estendersi a tutti gli alunni non intenzionati ad avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica. In modo speculare, sembrano dovere acquisire rilevanza generale le norme contenute e i principi individuati nell'ultimo comma dell'articolo 9, ancorché previsti in una legge (speciale) di derivazione bilaterale. L'effettività del diritto a non

---

[50] Una valutazione sostanzialmente positiva dell'impianto di queste discipline trovasi, comunque sia, in ROMEO ASTORRI, *Stato e Chiesa in Italia: dalla revisione concordataria alla "seconda repubblica"*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2004, pp. 35-56.

[51] Sulle cui implicazioni, nella tutela della libera formazione del soggetto minore, v. ANTONIO G. CHIZZONITI, *Le certificazioni confessionali nell'ordinamento giuridico italiano*, Vita e Pensiero, Milano, 2000, pp. 204-206.

avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica, infatti, è espressamente correlata a che tale scelta non esponga gli alunni, che la pongano in essere, ad orari che abbiano effetti discriminatori o al rischio che lo svolgimento di ogni eventuale pratica religiosa si realizzi in concomitanza con l'insegnamento di altre materie. Una *ratio* simile *governa* il successivo articolo 10, dal momento che, in conformità al dettato costituzionale sulla libertà di insegnamento (che è da attuarsi tanto con riferimento alla libertà dei docenti, quanto in riferimento alla libertà dei discenti[52]), è assicurato alle chiese rappresentate nella Tavola valdese il diritto di rispondere alle eventuali richieste provenienti dagli alunni, dalle loro famiglie o dagli organi scolastici in ordine allo studio del fatto religioso e delle sue implicazioni. Si consideri, in realtà, la natura essenzialmente contraddittoria di tale formula (relativa allo *studio del fatto religioso*). Appare ovvio, come reiteramente dimostrano le successive intese, eccezion fatta (e per comprensibili motivi) quella con l'Unione delle comunità ebraiche[53], che la presenza di pastori della confessione religiosa, nel rispondere alle eventuali richieste sullo studio del fatto religioso, non potrà concretizzarsi in episodi di proselitismo o di indottrinamento o nell'impartire pratiche cultuali. È, altresì, non revocabile in dubbio che qualsiasi esponente confessionale, di qualsiasi appartenenza religiosa, chiamato in un istituto scolastico per rispondere alla richiesta di una maggiore diffusione dello studio del fatto religioso e delle sue implicazioni, finirà comprensibilmente per esporre (anche) un proprio punto di vista religiosamente connotato, più che *asetticamente* divulgativo. Nella formula prescelta, allora, più che la pretesa di un'esposizione referenziale sul fatto religioso in sé considerato, sembra, invece, profilarsi l'idea di favorire la conoscenza del pluralismo religioso[54], in modo quanto più lucido, comprensibile e accessibile, anche consentendo di coglierne quelle implicazioni che hanno inevitabilmente un contenuto confessionale (cosa pensano i valdesi dell'insegnamento religioso nelle scuole o, scorrendo le intese successive, qual è la posizione dei buddhisti sullo studio del fatto religioso nel sistema pubblico – e così

---

[52] Secondo il bilanciamento individuato in Anna Talamanca, *Libertà della scuola, libertà nella scuola*, Cedam, Padova, 1975, pp. 49-50.

[53] Cfr. art. 11, IV comma, l. 101/1989 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane*): "*la Repubblica italiana, nel garantire il carattere pluralista della scuola, assicura agli incaricati designati dall'Unione o dalle Comunità il diritto di rispondere ad eventuali richieste provenienti dagli alunni, dalle loro famiglie o dagli organi scolastici in ordine allo studio dell'ebraismo. Tali attività si inseriscono nell'ambito delle attività culturali previste dall'ordinamento scolastico. Gli oneri finanziari sono comunque a carico dell'Unione o delle Comunità*".

[54] Secondo la prospettiva autorevolmente individuata in Salvatore Berlingò, *Spunti per una riflessione* border-line, in Antonino Mantineo, Domenico Bilotti, Stefano Montesano, a cura di, *Insegnamenti e insegnanti di religione nella scuola pubblica italiana*, Giuffré, Milano, 2014, pp. 293-296.

via –?). Se nel rispondere alle richieste, circostanziate e territorialmente delimitate, l'organo confessionale dovesse previamente garantire una neutralità, accolta in un'accezione tanto spiccata da non ammettere nemmeno il poter dichiararsi come appartenente a quella data realtà religiosa, verosimilmente sarebbe ben meglio ripensare il contenuto didattico dell'IRC o trovare un dispositivo tendenzialmente accettabile per affiancarvi lo studio del fatto religioso in una prospettiva comparatistica (opzione, certo, auspicabile, ma nella pratica particolarmente ardua da attuare[55]).

Qualche precisazione giova pure nell'ambito della disciplina matrimoniale approntata nell'articolo 11. Se era già stato anticipato uno degli aspetti qualificanti (il superamento della legislazione unilaterale sui culti ammessi, che dava relativa libertà quanto alla fase meramente celebrativa, ma incardinava subito la produzione degli effetti civili nel *binario* di diritto comune), è possibile ammettere che, nel coordinamento delle attività poste in essere dall'ufficiale dello stato civile e in quelle svolte a cura del ministro di culto, l'articolo 11 della legge n. 449 ha avuto un ruolo non indifferente nel cristallizzare, con sempre maggior frequenza, nell'ultimo trentennio, un modello di normativa matrimonialistica bilaterale che sembra essersi affermato almeno come paradigma principale, nella negoziazione tra lo Stato e le confessioni religiose[56]. Un risultato che appare positivo e che, anzi, potrebbe essere recepito, a livello più organico e generale, qualora tornasse d'attualità il tema, per altri versi completamente accantonato dall'agenda politica, di una legislazione unilaterale in materia di libertà religiosa, integralmente sostitutiva della legge sui culti ammessi. Si noti, ancora, un dato particolarmente apprezzabile per la cultura riformata di cui la Tavola valdese costituisce una delle espressioni più rilevanti e meglio radicate in Italia: l'obbligo della lettura delle disposizioni codicistiche, relative ai diritti e ai doveri dei coniugi, è in capo all'ufficiale dello stato civile, *liberandone* il ministro di culto, secondo quella che è la tradizionale teoria luterana in ambito matrimoniale[57].

Ulteriori elementi di interesse vengono dalla disciplina sugli enti, ove frequenti sono i riferimenti a caratteristiche tipicamente proprie dell'ordinamento valdese e non occasionale risulta il rinvio a fonti del diritto *pre-*

---

[55] Così, ad esempio, pur non mostrandosi in disaccordo rispetto alla migliore messa a punto di ipotesi del genere, Flavio Pajer, *Ripensare l'ora di religione?*, in *Popoli*, 11, 2012, p. 43; Nicola Fiorita, *Scuola pubblica e religioni*, Libellula, Tricase, 2012, pp. 112 e ss.

[56] Sui profili applicativi delle discipline negoziate con le confessioni religiose, v., per tutti, Alessandro Albisetti, *Il matrimonio delle confessioni religiose di minoranza*, Giuffré, Milano, 2013.

[57] Convergono su tale ricostruzione della prospettiva luterana fonti teologiche (cfr. Benedetto Testa, *I sacramenti della Chiesa*, Jaca Book, Milano, 2001, pp. 323 e ss.) e giuridiche (v. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, Giuffré, Milano, 2009, pp. 271 e ss.).

costituzionali, in modo certo più diffuso ed emblematico di quanto non facesse già il precedente articolo 3 (quest'ultimo si limitava a cancellare dal bilancio dello Stato il capitolo delle spese fisse relativo all'assegno perpetuo per il mantenimento del culto valdese, a titolo di risarcimento dei danni anteriormente subiti, ma di importo sostanzialmente irrisorio, ai sensi del regio biglietto del 29 Aprile 1843 – fonte addirittura *pre-statutaria*). Quali sono gli elementi più innovativi della disciplina emergente dagli artt. 12, 13 e 14, e laddove essi forniscono al legislatore del trentennio successivo esempi di prassi negoziali virtuose? Un primo aspetto è, forse, costituito dal riconoscimento della personalità giuridica per antico possesso di stato[58] in capo alla Tavola valdese e ai quindici Concistori delle chiese delle valli valdesi, ma si rivela ben più significativo che, tra i requisiti richiesti quanto ai fini dell'ente che volesse ottenere il riconoscimento della personalità giuridica *ex nunc*, figurino contestualmente i fini di culto, di istruzione e beneficenza. Ciò valga a segnalare che il legislatore non può porsi al di sopra delle tipicità intrinseche del gruppo religioso e, nel caso di specie, la norma certamente rammenta come, nella prospettiva valdese, non siano realmente disgiungibili i fini cultuali, di beneficenza e di insegnamento. Trattasi di una peculiarità che consente di valorizzare, alla stessa stregua, tutti quei casi in cui, per una data realtà confessionale, il fine cultuale necessariamente comprenda la sua armonizzazione e la sua compresenza con finalità solo apparentemente diverse, ma vissute, nella prospettiva confessionale, quale sua parte integrante (si pensi, a questo titolo, al valore simbolico dell'insegnamento per l'ebraismo[59]: non mera attività regolabile attraverso il rinvio a norme di diritto comune, ma vero e proprio *obbligo confessionale* di risalente tradizione). Al comma 4, si riproponeva l'istituto dell'autorizzazione agli acquisti, ma tale principio generale è stato superato senza una specifica rinegoziazione, bensì ai sensi della disciplina civilistica, e in tal senso si veda l'articolo 13 della legge n. 127/1997[60]. Ha, invece, ancora carattere di attuazione specifica di un principio generale la *sub-disciplina* prevista dal comma 7: *il mutamento dei fini dell'ente comporta la revoca del riconoscimento della personalità giuridica dell'ente medesimo*. L'avvertenza è, forse, quella di ricordare che, al di fuori

---

[58] Sulla valenza *comunitaristica* che l'antico possesso di stato ha sempre rappresentato per i gruppi di fedeli, ancorché con specifico riguardo al diritto canonico, v. anche Paolo Chinazzi, *Le confraternite. Storia, Evoluzione, Diritto*, Edizioni Universitarie Romane, Roma, 2010, pp. 133 e ss.

[59] V., in argomento, Domenico Bilotti, *Brevi note in tema di IRC: perplessità applicative e sottese questioni di inquadramento giuridico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (http://www.statoechiese.it), Settembre 2013, p. 7, n. 26.

[60] V., al riguardo, Giuseppe Rivetti, *La disciplina tributaria degli enti ecclesiastici. Profili di specialità tra attività no profit o for profit*, II ed., Giuffré, Milano, 2008, pp. 104 e ss.

degli enti aventi parte nell'ordinamento valdese, sembra, in diritto comune, essersi fatta strada un'interpretazione più elastica[61], per cui un mutamento di fini che non leda l'essenzialità e la costitutività di quelli cultuali o connessivi non implica, in realtà, la revoca della personalità giuridica – ad esempio, ove il mutamento si traduca in un perfezionamento o in una più dettagliata specificazione operativa delle finalità statutarie, affiancandone persino altre, ma a quelle strumentali. Nel primo comma dell'articolo 12, inoltre, si dava espressa sanzione ad un atto interno all'ordinamento valdese, per il conseguimento di un effetto civile *esterno*: la deliberazione sinodale motivata con cui l'ente viene eretto in istituto autonomo dell'ordinamento valdese. In merito al successivo articolo 13, se pure può ritenersi rilevante che si ricordino le fonti attraverso cui l'Istituto artigianelli valdesi di Torino, la Fondazione ospedali valdesi di Torre Pellice e Pomaretto e il Rifugio Re Carlo Alberto per gli incurabili avevano conseguito lo *status* di ente morale per il diritto civile italiano (rispettivamente: il regio decreto 9 Giugno 1895, l'omologo, addirittura *pre-unitario*, 4 Luglio 1858 e, in ultimo, l'altro regio decreto 6 Settembre 1902), sembra assai più significativo il terzo comma. In esso, infatti, si dà espressamente atto dell'esecuzione del Patto di integrazione tra le chiese valdesi e metodiste (esso stesso atto bilaterale prettamente confessionale), approvato ad esito di due atti unilaterali confessionali (il Sinodo valdese e la Conferenza metodista, entrambi del 1975), con la conseguenza che l'ente Chiesa evangelica metodista d'Italia[62], già civilmente riconosciuto ai sensi di una fonte di diritto statuale, il d. P. R. n. 602/1961, conservando la personalità giuridica e il proprio patrimonio, è trasformato in istituto autonomo nel quadro dell'ordinamento valdese, assumendo diversa denominazione e conformazione statutaria – direttamente emanata dal Sinodo valdese. Trattasi di una disposizione di interesse, perché rappresenta il caso, sin qui unico, in cui si dia atto del procedimento di formazione dell'ente attraverso la cui rappresentanza la confessione religiosa addiviene alla stipula. Non determina, invece, particolari problemi interpretativi l'articolo 15: esso sancisce il riconoscimento civile delle lauree e dei diplomi in teologia rilasciati dalla Facoltà valdese di teologia, accordando agli studenti di predetta facoltà gli stessi rinvii dal servizio militare accordati agli studenti delle

---

[61] Conferme su questa interpretazione sostanzialistica, che non esclude il controllo sulle attività materialmente poste in essere dall'ente, in GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, V ed., Giappichelli, Torino, 2014, pp. 233 e ss.

[62] Brevi cenni su tale esperienza e sull'integrazione nella Tavola valdese in Massimo Introvigne, sotto la direzione di, CENTRO STUDI SULLE NUOVE RELIGIONI, *Enciclopedia delle religioni in Italia*, Elledici, Torino, 2001, pp. 160-162.

università statali. Il meccanismo di rinvio, evidentemente, è superato dalla riforma, essa unilaterale – e diversamente non poteva essere, del reclutamento di leva[63], ma il predetto articolo esplicita l'autonomia statutaria della confessione religiosa, anche quanto alla gestione, alla nomina del personale, al regolamento e all'organizzazione della Facoltà[64].

Infine, se sulle norme in materia di gestione patrimoniale, acquisizione e finanziamento si tornerà a breve (ai sensi delle ulteriori intese di cui alle leggi nn. 409/1993 e 68/2009, che è significativamente qualificata dal legislatore come modificativa del provvedimento del 1993 e non di quello del 1984 – mentre la l. n. 409 era titolata "*Integrazione dell'intesa tra il Governo della Repubblica italiana e la Tavola valdese, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione*"), qualche riflessione ulteriore merita il meccanismo di *bilateralità necessaria*, individuato al combinato disposto degli artt. 18, 19 e 20. In particolar modo, l'articolo 18 estende il carattere di bilateralità anche alla regolamentazione applicativa, in quanto *i competenti organi dello Stato e la Tavola valdese procederanno d'accordo alla elaborazione dei testi relativi*. La formula non risulta del tutto convincente e, soprattutto, non può essere ritenuta valevole per la fissazione, senza eccezioni, di un principio generale. È sin troppo chiaro, infatti, che tanto il principio della distinzione degli ordini[65], quanto quello dell'autonomia statutaria (nonché, lo stesso principio di laicità[66], che la giurisprudenza costituzionale ritiene scaturente dal combinato disposto delle medesime norme che statuiscono la distinzione degli ordini e l'autonomia statutaria delle confessioni religiose), possono pacificamente ammettere che l'applicazione di una normativa di carattere bilaterale necessiti di provvedimenti attuativi unilaterali. E ciò potrà avvenire ad opera di entrambe le parti che hanno negoziato la disciplina

---

[63] Attuata attraverso la l. n. 226, 23 Agosto 2004 (cd. "legge Martino", *Sospensione anticipata del servizio obbligatorio di leva e disciplina dei volontari di truppa in ferma prefissata, nonché delega al Governo per il conseguente coordinamento con la normativa di settore*), ma, in qualche misura, già *ex lege* n. 331, 14 Novembre 2000 (*Norme per l'istituzione del servizio militare professionale*).

[64] Che questo possa essere un buon bilanciamento per una disciplina complessiva delle università confessionali può desumersi in Michele Belletti, *La tutela del sentimento religioso e il principio di laicità tra giurisprudenza della Corte costituzionale e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Roberto Nania, a cura di, *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 179 e ss.

[65] Ne fornisce una nozione rigorosa Jlia Pasquali Cerioli, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose*, Giuffré, Milano, 2006, pp. 78 e ss.

[66] Sulla cui formalizzazione nella giurisprudenza italiana giungono, comunque sia, alcune critiche, nel momento in cui si noti come spesso la giurisprudenza amministrativa e quella costituzionale finiscano per fornirne accezioni anche significativamente diverse (tra quanti notano tali, possibili, contraddizioni, cfr. Raffaele Coppola, *La laicità "relativa" tra Corte Costituzionale, Consiglio di Stato e Cassazione*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1, 2006, pp. 39-54).

concordata. L'articolo 19 specifica il ricordato articolo 1, estendendo la cessazione dell'efficacia, oltre che, come già ricordato, alla legislazione sui culti ammessi, ad ogni norma contrastante con la legge n. 449, ancorché, *nei confronti delle chiese rappresentate dalla Tavola valdese, degli istituti ed opere che ne fanno parte e degli organi e persone che le costituiscono*. La specificazione soggettiva sui destinatari delle norme in contrasto con la legge è opportuna, ma a questo punto sarebbe stato, forse, più utile anticipare la disposizione e chiarire più appropriatamente ed estensivamente i termini della cessazione dell'efficacia, altrimenti dislocata in due norme distanti e col rischio di far apparire la seconda, quella di carattere generale, residuale rispetto a quella speciale dell'articolo 1. Parzialmente disatteso, ma in grado di fissare le procedure di riconsultazione e, conseguentemente, di aggiornamento dell'intesa, l'articolo 20. In esso, si dispone prudenzialmente un termine decennale per sottoporre a nuovo esame l'intesa allegata alla legge, anche se le parti potranno riconvocarsi, qualora anche solo una delle due ravvisasse l'opportunità di apportarvi modifiche, che saranno adottate sempre per mezzo di un'intesa. Specificativa di questa cautela generale, la norma di cui al terzo comma, che fornisce valenza ancor più ampia alla bilateralità nei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose[67] (anche se, nel caso di specie, le chiese rappresentate dalla Tavola valdese): *in occasione di disegni di legge relativi a materie che coinvolgono rapporti delle chiese rappresentate dalla Tavola valdese con lo Stato, verranno promosse previamente, in conformità all'articolo 8 della Costituzione, le intese del caso.*

3. Ulteriori profili critici sollevati dalla legge n. 449. Primi (possibili) rilievi conclusivi

Alla luce delle suesposte considerazioni, l'intesa con la Tavola valdese rappresenta, come già s'era anticipato in premessa, un importante paradigma per la legislazione bilaterale. Si è ora in grado di individuare almeno tre ragioni che giustifichino tale affermazione. Innanzitutto, l'intesa è stata la prima perfezionata in attuazione (tardiva) dell'articolo 8 della Costituzione; in secondo luogo, andando al merito contenutistico di quelle disposizioni, recepite nella legge n. 449/1984, essa ha pure potuto rappresentare un modello, inizialmente adeguato e successivamente meritevole di un qualche ri-

[67] Sulle potenzialità espansive del principio della bilateralità pattizia, v. Carlo Cardia, *Ruolo e prospettive della "legislazione contrattata" nei rapporti fra Stato e Chiese*, in Valerio Tozzi, a cura di, *Nuovi studi di diritto canonico e ecclesiastico*, Edisud, Salerno, 1990, p. 190.

pensamento, per la disciplina bilaterale di istituti che stanno tra le materie di comune interesse tra lo Stato e le confessioni religiose (la disciplina degli enti, quella matrimoniale, quella in materia di istruzione, tra le più rilevanti); in ultima istanza, attese le modifiche ed integrazioni intervenute, l'intesa con la Tavola ha avuto carattere paradigmatico anche per quanto riguarda le tipologie di modificazioni e le modalità della loro attuazione, che possono interessare i rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose. Tali motivazioni hanno trovato ampia conferma nell'analisi delle disposizioni di riferimento e concorrono pure ad esplicitare le ragioni per cui si è rivelato utile, se non doveroso, aprire una riflessione in occasione del trentennale dall'entrata in vigore della prima legge, regolativa dei rapporti tra lo Stato e la Tavola valdese. È, però, il momento di avanzare delle criticità, in ordine alle quali, poi, valutare in che modo quelle disposizioni siano state integrate e modificate, nonché riconoscere cosa, invece, sia rimasto sostanzialmente inalterato. Sarà, in ultimo, opportuno riflettere su cosa possano suggerire entrambe le ipotesi di studio nella più generale dinamica delle relazioni tra Stato e chiese e nella regolamentazione civile del fatto religioso.

È stato precedentemente segnalato come in un primo tempo la Tavola valdese avesse scelto di non aderire al meccanismo di finanziamento dell'otto per mille. A riprova di ciò, la legge n. 449 entra in vigore nel periodo di un'intensa attività riformatrice in ambito ecclesiastico: gli Accordi di Villa Madama, per quanto riguarda le relazioni tra lo Stato e la Chiesa cattolica, sono del 1984[68]; la stessa Chiesa, nell'anno precedente, si era finalmente dotata di una nuova codificazione, che, lungi dal sembrare esaustiva in merito a tutte le problematiche emerse dopo il Concilio Vaticano II e nella parte conclusiva della vicenda applicativa del previgente *Codex*, quello del 1917, aveva, comunque sia, segnalato un'innovazione, anche nei rapporti con le autorità civili[69]. Eppure, nonostante sin dalla metà degli anni Ottanta andasse delineandosi almeno in parte il carattere oggettivamente vantaggioso dell'accesso a un qualche sistema di finanziamento per le confessioni religiose, i valdesi, coerentemente al rigido e autentico separatismo che connota le origini della loro conformazione attuale nello Stato unitario, non guardano

---

[68] La revisione del Concordato sembrava, perciò, un impegno imprescindibile per adeguare la disciplina ecclesiasticistica al nuovo sistema costituzionale, nel quale i Patti Lateranensi avrebbero, altrimenti, continuato a costituire una delle più visibili fonti del periodo fascista a rimanere in vigore. Cfr. FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *La rilevanza costituzionale dei Patti Lateranensi tra ordinamento fascista e Carta repubblicana*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 4, 1983, pp. 1322-1246.

[69] Una modificazione strutturale solo in parte riuscita, come può osservarsi in SALVATORE PESCE, *Il nuovo diritto pubblico ecclesiastico: le diverse posizioni della dottrina canonistica postconciliare, anche alla luce del magistero pontificio*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2010, pp. 118 e ss.

con favore a strumenti dichiaratamente agevolativi di questo tipo. Sono molteplici le ragioni e alcune convergono con la natura intrinseca della chiesa valdese. Ad esempio, è forte il sospetto per l'utilizzo del finanziamento pubblico in ragione (e per le spese) del culto. Questo punto di partenza costituisce, però, la base di un equivoco, che si proverà a sciogliere. In tutte le circostanze che avrebbero potuto consentire la partecipazione di risorse patrimoniali statuali al mantenimento delle attività della Tavola, non tutte riconducibili alle strette attività cultuali, in sede di stipulazione della prima intesa, la disciplina che ne risulta pone sempre gli oneri a carico degli organismi valdesi: non c'è, in questo senso, particolare spazio a dubbi interpretativi. E, in materia di otto per mille, la scelta appare apprezzabile anche nella sua radicalità, per quanto in una prospettiva di laicità *positiva* (laicità, cioè, che concepisce la tutela del diritto di libertà religiosa in senso anche promozionale e non solo neutralistico[70]) non è senza significato che il contribuente, appartenente a una data confessione religiosa, possa decidere di destinare parte dell'imposizione sul reddito a favore della propria chiesa e del proprio culto. Da tempo, infatti, si avverte che la vera sproporzione, nella gestione del meccanismo di finanziamento dell'otto per mille, non sia tanto nella ripartizione delle quote derivanti dalle scelte espresse, cui la Tavola valdese ebbe modo di aderire già negli anni Novanta, quanto piuttosto nel vincolo di ripartizione proporzionale, sulla base delle scelte espresse, delle quote derivanti da scelte non espresse dai contribuenti[71]. Ben a prescindere da chi possa esserne il maggiore beneficiario: anche in un sistema dove tutti i soggetti beneficiari del finanziamento otto per mille avessero lo stesso numero di "preferenze" (di scelte esplicitamente indicate dal contribuente in sede di dichiarazione), una drastica riduzione del numero delle scelte espresse, per ragioni culturali, di disaffezione religiosa o, persino, di critica politica o spirituale all'esistenza dell'istituto, non scalfirebbe le acquisizioni patrimoniali delle confessioni, perché tutte le quote derivanti dalle scelte inespresse verrebbero distribuite proporzionalmente alle scelte espresse, persino queste ultime fossero in numero particolarmente esiguo. Che la Tavola valdese ab-

[70] Alcuni rilievi critici sulla maggioritaria interpretazione, in senso promozionale, del diritto di libertà religiosa, nel sistema costituzionale italiano, in Sergio Ferlito, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, in particolar modo pp. 63-75.

[71] In verità, sono da segnalarsi anche quelle impostazioni confessionali che intendono sottrarsi ad entrambi i sistemi di ripartizione (scelte espresse e scelte non espresse) del finanziamento otto per mille. Si consideri, in proposito, il breve, ancorché incisivo, punto III dei *considerata* successivi al Preambolo dell'Intesa tra la Repubblica italiana e la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni: "*la "Chiesa" non intende partecipare alla ripartizione della quota dell'otto per mille dell'IRPEF*" (in Salvatore Berlingò, Giuseppe Casuscelli, con la collaborazione di Angelo Licastro, Marcello Toscano, *Codice del Diritto Ecclesiastico*, Giuffré, Milano, 2009, p. 767).

bia, perciò, scelto di aderire, a partire dalla legge n. 409 del 1993, al sistema di finanziamento otto per mille, in ordine alle scelte espresse, può avere causato un profondo disagio e un forte dibattito interno, prevalentemente ai fini della vita associativa interna al gruppo religioso. Al contrario, in un'ottica pluralistica, quale quella che dovrebbe essere propria della dottrina giuridica laicale, non essendovi, in realtà, argomenti letterali e cogenti a favore di un'asserita incostituzionalità del finanziamento al fenomeno religioso[72], non appare fonte di problematicità che una confessione religiosa scelga, o meno, di aderire al sistema dell'otto per mille, in special modo se l'analisi si ferma alle scelte effettivamente espresse dal contribuente. Maggiori incertezze interpretative sorgono quando una confessione religiosa, che ha fatto di una visione separatistica dei rapporti tra Stati e Chiese uno dei propri punti cardine, anche e soprattutto in ambito di oneri finanziari, sceglie di aderire anche al sistema di finanziamento derivante dalla ripartizione delle quote scaturenti da scelte non espresse dal contribuente. E la perplessità applicativa ne esce rafforzata per almeno due ragioni. È piuttosto agevole il riconoscere come il finanziamento attraverso il sistema dell'otto per mille abbia presentato evidenti sperequazioni, quanto alla percentuale di quote non espresse che vengono ripartite secondo gli stessi criteri (il vincolo proporzionale, eventualmente detratta l'incidenza, tradizionalmente limitata, delle confessioni religiose che scegliessero di restare al di fuori del finanziamento derivante dalle quote inespresse, accedendo, ai sensi dell'intesa, solo a quello delle quote espresse). La Tavola valdese, tra le diverse realtà religiose presenti in Italia, è, anzi, stata tra le prime a segnalare rischi simili, ma è argomento che si presta all'eccezione di una limitata coerenza intrinseca quello di dire che, poiché il sistema va male e lo si denuncia da tempo, la *cura* migliore è, per intanto, di accedervi ugualmente. D'altra parte, vanno pure segnalate quelle ragioni che possono contribuire a giustificare il percorso, nei fatti, compiuto dalla Tavola. *In primis*, l'avere scelto di separare l'utilizzo delle risorse dal mantenimento del culto e destinandole ad opere di *intervento sociale*, variamente declinate. È chiaro che tali tipi di intervento, se realizzano finalità di carattere umanitario o culturale o assistenziale, possono e devono essere inquadrati in una disciplina di tipo promozionale e valutati non solo con rispetto, ma anche con favore. È pur vero, comunque sia, che qualunque confessione religiosa realizzi opere similari, attraverso gli effetti, certo, positivi delle attività compiute, determina collateralmente o effetti indi-

[72] Avviso parzialmente difforme in Donatella Loprieno, *La libertà religiosa*, Giuffré, Milano, 2009, pp. 114 e ss.; nel senso proposto nel testo, v. Luigi Vannicelli, *Confronto storico-giuridico in materia di finanziamento delle confessioni religiose*, Giuffré, Milano, 2001, *passim*.

retti di proselitismo o una più stretta e indiscutibilmente a sé giovevole rete di rapporti nei territori o negli ambiti in cui interviene. E in questo senso possono essere ricordate le iniziative della Tavola valdese, realizzate in quartieri degradati di grandi città (come a Napoli o a Palermo, tra i molti esempi richiamabili[73]) o con riferimento a fini sociali di particolare rilievo morale (a sostegno della ricerca scientifica o del diritto antidiscriminatorio[74], per esempio). Ma esse non hanno, forse, avuto anche l'effetto di rendere meglio conoscibile la realtà dei valdesi, offrendo maggior visione del loro radicamento? Non adoperare l'otto per mille per il mantenimento del culto o dei suoi ministri è una scelta rispettabile e, per più profili, meritoria; sia consentito, però, di rimarcare come pure le attività benefiche e culturali intraprese, da parte di tutti i soggetti beneficiari dell'otto per mille (evidentemente, non solo i valdesi), finiscano, in modo in sé pienamente e giustamente lecito, per rendere quel culto più strutturato o più manifesto. Il che non integra propriamente un'ipotesi di separatismo radicale… Si aggiunga, forse, che i particolarmente protratti tempi di crisi e sofferenza economica suggerirebbero a tutte le confessioni religiose non già il coattivo accantonamento delle somme ricevute per mezzo dell'otto per mille, bensì una sua parziale e persino tenue riduzione regolarmente negoziata con la controparte statuale – o riducendo la percentuale dell'imposta sul reddito delle persone fisiche o lasciando la quota della 0.8% inalterata, ma vincolandola o a procedure di riscontro gestionale più frequenti, o, ancor meglio, a una maggiore destinazione a soli fini di utilità sociale. Come i valdesi hanno fatto parte della prima confessione religiosa a conseguire un'intesa con lo Stato, della prima che abbia ottenuto sia un'integrazione all'intesa che una modifica all'integrazione, della prima che abbia potuto negoziare una disciplina bilaterale poi divenuta *standardizzata*… ci si auspica possano essere anche i primi a gettare le basi rigorose e paritetiche di un ripensamento dell'otto per mille, anche orientato a fini pubblicistici (che non sarebbe, ovviamente, un obbligo, ma indiscutibilmente una buona, seria, opportunità di riflessione).

Molto più convincente risulta l'impegno dei valdesi a favore di una semplificazione, in senso equitativo, del sistema di regolamentazione dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose, essendo in via di principio rispon-

---

[73] Cfr. Maria Antonia Grassi, *Facitori di pace o fabbricanti di morte?*, in *Ditelo nella luce*, 5, 2013, pp. 3-4; per le recenti attività meritoriamente poste in essere dalla comunità valdese di Palermo, v. il sito del Centro Diaconale "la Noce", *http://www.lanoce.org*.

[74] Si vedano, in *http://www.chiesavaldese.org*, i contributi di Federica Tourn, *Famiglia, femminile plurale*, 1 Aprile 2014, e Sabina Barai, *Protestanti e bioetica: nuove frontiere di riflessione*, 27 Ottobre 2014.

dente al vero che esiste un regime concordatario per la Chiesa cattolica, un regime negoziato sostanzialmente più che positivo per le confessioni che accedono all'intesa e la cui intesa venga approvata in legge e un livello, assai meno tutelato, di gruppi religiosi per cui è ancora in vigore la legislazione del 1929/1930. Anzi, tale schema potrebbe essere arricchito considerando che vi sono confessioni religiose che, da tempo, sono riuscite a concludere un'intesa con lo Stato, ma che ancora non hanno visto la sua approvazione in sede legislativa (la Congregazione cristiana dei testimoni di Geova, dal 2000, anno della prima intesa conclusa, ad oggi[75]; dal 2000 al 2012, anno di approvazione della seconda intesa conclusa, l'Unione Buddhista[76]): in tutto e per tutto, equiparabili a quei gruppi religiosi che non hanno alcun tipo di rapporto negoziale con lo Stato e nei confronti dei quali si applica la disciplina unilaterale sui culti ammessi. E, ancora, bisognerebbe darsi il caso di comunità religiose anche significativamente accresciutesi, estromesse da un qualunque tipo di rapporto preciso ed unitario con lo Stato (per quanto non soddisfi pienamente la qualificazione di "comunità religiosa", potrebbe essere il caso di quella islamica, per cui non è nemmeno formalmente in discussione un'intesa, attesi gli evidenti limiti di rappresentatività *esterna* e legittimazione *interna* alle comunità islamiche, che palesano le diverse associazioni[77]), o per le quali, magari, il raggiungimento di un'intesa da parte di chiese dogmaticamente omogenee potrebbe costituire un buon volano anche per la propria (e questo sarebbe il caso della Chiesa rumena ortodossa[78], che seguirebbe quello della Sacra arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa meridionale, e potrebbe, forse, rivelarsi utile ricalcarne alcune norme). Vi sono, inoltre, nuovi movimenti religiosi, particolarmente esigui nella consistenza numerica, che non hanno avuto alcun tipo di riconoscimento giuridico e per i quali, pur dovendosi sempre valutare il non contrasto degli statuti con l'ordinamento giuridico e, ancor più opportunamente, il limite

---

[75] Alcuni rilievi sulla mancata approvazione dell'intesa in commento in Alessandro Albisetti, *Il matrimonio*, cit., pp. 39 e ss.

[76] Alcune valutazioni critiche, non solo sul trattamento che sarebbe stato riservato all'Unione, ma anche sui profili problematici di un suo inquadramento tra le "confessioni religiose", in Fabrizio Giulimondi, *Intesa Stato Italiano-Unione Buddhisti Italiani: ma questa intesa è costituzionale?*, in *il Diritto Ecclesiastico*, 1, 2000, pp. 936 e ss.

[77] Sugli aspetti che possono presentare problematicità, quanto a profili di ordine pubblico, vedasi l'opportuna analisi critica di Roberto Gennaro, *Stranieri e repressione penale. I soggetti e le istituzioni*, Franco Angeli, Milano, 2012, pp. 103 e ss. Ben si coglie l'eterogenea conformazione della presenza islamica in Occidente in Mario Tedeschi, *Impegno civile*, Pellegrini, Cosenza, 2014, pp. 361-364.

[78] Elementi di interesse, sul rapporto tra le due chiese menzionate nel testo, in Giovanni Cimbalo, *Gli "altri" insegnamenti religiosi nella scuola pubblica: un modello di pluralismo ancora attuale?*, in Antonino Mantineo, Domenico Bilotti, Stefano Montesano, *Insegnamenti*, cit., pp. 71-72, n. 12.

del buoncostume nei riti, sarebbe senz'altro giovevole immaginare una disciplina più evoluta di quella desumibile ai soli sensi del diritto comune[79]. Si assiste, in ultima analisi, anche all'impegno nel ricercare un'intesa da parte di organizzazioni dichiaratamente non confessionali, come l'Unione degli Atei, per le quali la evidente non assimilabilità alla struttura e alla dottrina di una confessione religiosa non dovrebbe, però, valere ad escludere qualsiasi tipo di rapporto, anche di tipo convenzionale, con i pubblici poteri[80]. Alla luce di questi rilievi, la disomogeneità del sistema è in buona misura conseguenza di un approccio non occasionalmente inavveduto, da parte del legislatore. A renderlo, però, più complicato, e senza volere trovare giustificazioni per uno stato della politica ecclesiastica ancora distante dai risultati che raccomanderebbero il diritto internazionale e quello comunitario[81], e che la dottrina e la giurisprudenza avrebbero auspicato[82], è in tutta evidenza intervenuta anche la rappresentazione in sé del fenomeno religioso nella nostra società. La sua attuale frammentazione, come in un gioco di specchi, richiama molto da vicino la frammentarietà di cui è spesso affetto il legislatore[83].

---

[79] Né sembra essere questa una tematica presente nell'agenda della politica ecclesiastica italiana, sulla quale un giudizio motivatamente problematico può rinvenirsi in Marco Ventura, *La politica ecclesiastica del governo italiano in materia di libertà religiosa*, in *Coscienza e Libertà*, 42, 2008, pp. 45-53.

[80] Al riguardo, v., ancora, Nicola Colaianni, *Diritto pubblico delle religioni*, cit., pp. 114-116.

[81] A questo titolo, sia consentito il rinvio ad Antonino Mantineo, *Associazioni religiose e "nuovi movimenti" religiosi alla prova del diritto comune in Italia e del diritto comunitario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (http://www.statoechiese.it), Ottobre 2009.

[82] V., ad esempio, Maria Cristina Folliero, *Libertà religiosa e società multiculturali: il caso italiano*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2009, pp. 413-429.

[83] Accogliendo, in tal senso, le osservazioni svolte in Sara Domianello, *Le garanzie della laicità civile e della libertà religiosa nella tensione fra globalismo e federalismo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (http://www.statoechiese.it), Febbraio 2007.

L'intesa valdese a trent'anni dalla sua approvazione: un bilancio[1]

Jens Hansen[2]

1. Una breve premessa

Ad oltre trent'anni dall'approvazione della legge n. 449, 21 Febbraio 1984, si rende necessaria una riflessione su cosa tale legge abbia significato per la comunità valdese in Italia e su quali spunti offra al legislatore l'evoluzione della normativa sul fatto religioso, rispetto alla vicenda storica delle diverse chiese e confessioni. Nel far ciò, si tenterà una valutazione basata su tre aspetti. Si proverà a descrivere il lungo periodo, dall'unificazione in poi, in cui i valdesi, che avevano subito gravi persecuzioni nei secoli precedenti, riflettono sui rapporti tra lo Stato e le chiese e scelgono, a partire dagli anni Settanta, di percorrere la strada di un'intesa. Successivamente, si vedranno alcuni profili della legge che sono stati oggetto di non occasionali controversie e discussioni, ivi comprese, in realtà, le modifiche in materia di finanziamento, che sono intervenute dal 1993 ad oggi. In ultimo, pur da un punto di vista specificamente interno alla riflessione della Tavola valdese, si cercherà di tracciare un bilancio sull'attuale tutela giuridica della libertà religiosa in Italia.

Prima di entrare nel merito è necessario ricostruire, attraverso l'evidenziazione di alcuni episodi storici particolarmente significativi, lo sviluppo della Chiesa valdese. La genesi del movimento data al 1174. Per il *nome* della Chiesa ci sono diverse teorie. La più probabile è quella per cui esso derivi da quello del fondatore Pietro Valdo (Valdés nella forma francese). A sostegno di questa tesi, i valdesi riconoscono almeno tre elementi: la confessione

---

[1] Il presente articolo si basa su un mio intervento sul tema nell'Università della Calabria, a Rende (Cosenza), tenuto il 7 novembre 2014

[2] Jens Hansen, nato 1963 a Kiel, attualmente pastore della chiesa evangelica valdese di Catanzaro e Vincolise e membro della Tavola Valdese.

di fede firmata da Valdo nel 1180, con le parole in latino “Ego Valdesius”, scoperta solo nel 1946 nella biblioteca nazionale di Madrid[3]; un “verbale” di un incontro fra il ramo francese e quello italiano dei Valdesi, avvenuto a Bergamo nel 1218[4], e uno scambio epistolare fra alcuni fratelli italiani con dei valdesi nella valle del Danubio.

> “*In un trattato scritto intorno il 1250, Stefano di Borbone – che aveva indossato l’abito dei domenicani a Lione, ed era divenuto un inquisitore esperto e informato – ci presenta Valdo come un ricco mercante lionese che d’improvviso scopre i Vangeli*”[5].

Secondo il racconto tradizionale, Valdo incontra nel 1174 un cantastorie che racconta la vita di Sant’Alessio, il quale ha rinunciato alla sua ricchezza per servire meglio Dio. Valdo invita il cantastorie a casa sua per riascoltare il racconto. Toccato da questa rappresentazione, apre il Vangelo di Matteo e – leggendo Matteo 19:21-23 – si converte alla povertà evangelica. Dona gran parte dei suoi averi ai poveri e investe la parte rimanente nella traduzione della Bibbia in lingua volgare, nel dialetto della Provenza. Diventa così un predicatore laico. Il suo movimento è inizialmente chiamato: “I poveri di Lione”. È un movimento di predicazione laica che si fonda unicamente sulla Bibbia. Poiché è laico predicano anche le donne. All’inizio la predicazione laica incontra delle resistenze nel clero locale, incluso il vescovo di Lione, senza però dar subito luogo a dei provvedimenti punitivi.

> “*Nel 1179 si teneva a Roma il III Concilio Lateranense, un Concilio particolarmente importante, che seguiva la riconciliazione tra il papa e l’imperatore. […] È comprensibile che Valdo ed i suoi pensassero di poter risolvere le difficoltà ed i contrasti con l’arcivescovo lionese recandosi a Roma e presentando alla grande assise ecclesiastica il loro progetto di vita e d’azione perché fosse qui sanzionato*”[6].

Il Concilio non concede la richiesta e tenta di tenere Valdo sotto controllo. Nel 1180 Valdo firma la confessione di fede. Essa garantisce alla Chiesa di Roma l’ortodossia dei poveri di Lione. Valdo, avendo firmato la confessione di fede, riceve il permesso di svolgere una predicazione itinerante, solo allorché il clero locale sia, volta per volta, d’accordo.

---

[3] Amedeo Molnar, *Storia dei Valdesi*, I, *Dalle origini all’adesione alla Riforma (1176-1532)*, Claudiana, Torino, 1974, p. 27

[4] Amedeo Molnar, *op. cit.*, pp. 65 e ss.

[5] Amedeo Molnar, *op. cit.*, p. 10.

[6] Amedeo Molnar, *op. cit.*, p. 16.

Negli anni fino al 1215 i problemi aumentano. I Valdesi vedono, forti della loro lettura e interpretazione biblica, delle debolezze nella fede della chiesa; tra esse, in particolar modo, scorgono, sul piano teologico e temendo forme di idolatria, la venerazione dei santi e di Maria. Sempre più spesso i preti locali non danno il permesso di libera predicazione anche per il fatto che i Valdesi lascino predicare le donne. Il Vescovo di Lione ritira nel 1182 il permesso ed espelle i Valdesi. Alcuni attraversano le Alpi e danno origine al ramo italiano dei Valdesi, quello che arriva sino ai giorni nostri, mentre del ramo francese si perdono le tracce. Il concilio di Verona (1184) scomunica i Valdesi per disubbidienza di fronte alle legge della chiesa di Roma. La morte di Valdo nel 1206 non porta ad una riconciliazione, al contrario i Valdesi continuano a non accettare la gerarchia, con sempre maggior convinzione. A causa della morte del fondatore i poveri di Lione istituiscono un sinodo che deve riunirsi una volta all'anno. Nel 1215 avviene la rottura definitiva col Pontefice. Il IV Concilio Lateranense scomunica i Valdesi anche per eresia. Inizia una lunga e travagliata storia di persecuzioni. I Valdesi continuano a predicare e alcuni membri del clero sono ancora disposti a *disputare* con loro. Per fortificare il movimento si tenta nel 1218 di riunificare i due rami, quello francese e quello lombardo. Il tentativo fallisce, vengono solo definite delle regole di base che devono valere per tutto il movimento, ma che non riescono davvero a riunificare il gruppo originario. Il movimento lombardo si afferma come movimento più forte. Per i Valdesi è inizialmente difficile capire il cambiamento da movimento di predicazione, tollerato dalla gerarchia, a gruppo destinato alla clandestinità e, una volta consumatosi il massacro dei Catari attraverso l'Inquisizione, i Valdesi scelgono prudenzialmente di fuggire nelle valli del Pellice, Angrogna, Chisone, Germanasca, Pragelato, Perouse e Lucerna, circa cinquanta chilometri ad ovest di Torino. Tali insediamenti diventano il centro del movimento. L'Inquisizione però arriva anche in quel lembo sperduto delle Alpi. I predicatori, chiamati *barba*, si dedicano all'artigianato e al commercio per coprire la loro attività di predicazione. Si predica dopo il tramonto e solo fra amici. Altri diventano contadini per vivere lontano dalle città e, perciò, maggiormente protetti dai poteri e dai controlli inquisitoriali. I diversi gruppi che esistono vengono confortati e collegati dai *barba*. Si vedono come una grande famiglia. La pressione esercitata dall'Inquisizione porta ad un rafforzamento del movimento che si estende in tutta l'Europa centrale.

Dopo alcuni secoli di ulteriori difficoltà e di precari equilibri interni, nel 1532 i Valdesi escono dalla clandestinità aderendo alla Riforma di Ginevra (calvinista). Quando, nel 1536, il Piemonte diventa francese hanno persino la possibilità di costruire delle chiese e stampare dei libri. Si tratta di una

pacificazione sostanzialmente illusoria: nel 1561 vengono massacrati i Valdesi della Calabria e della Puglia. Nemmeno un secolo dopo, nel 1655, avvengono le Pasque piemontesi: le truppe sabaude invadono le valli valdesi e massacrano gran parte della popolazione. Per la revoca dell'editto di Nantes del 1685, l'anno successivo i valdesi lasciano le valli per cercare asilo nella vicina Svizzera. Tornano nel 1689 per la mediazione di Guglielmo I d'Orange. Però, quando la Francia restituisce i suoi territori italiani ai Sabaudi nel 1696, sono i Valdesi di origine francese a dover lasciar le valli. Molti di loro emigrano in Germania e lì fondano veri e propri insediamenti urbani. Fino al 1848 i Valdesi sopravvivono nelle valli come in un grande "ghetto": timorosi di nuove persecuzioni, allontanati dalla vita civile, non immessi nel pieno godimento dei diritti. Il 17 febbraio 1848, Carlo Alberto di Savoia riconosce i diritti civili alla popolazione valdese del "ghetto" alpino.[7] Nonostante la chiara affermazione "*Nulla è però innovato quanto all'esercizio del loro culto*", ben presto si fa strada il desiderio di uscire dalle valli per evangelizzare l'Italia. Così

> "*il Sinodo del 1860, tenendo fede al desiderio espresso nel 1855, convinto della necessità che la Chiesa valdese diventasse sempre più missionaria, decise di trasferire a Firenze la Scuola di teologia (art. XXXV) e votò la nomina di una Commissione di evangelizzazione (art. XXX) con il relativo Regolamento organico. […] Quest'ultimo era l'atto di nascita dell'istituzione che fino al 1915 si occupò in particolare dell'evangelizzazione in Italia.*"[8].

L'evangelizzazione valdese, pur limitata da carenza economiche e dalla

---

[7] *CARLO ALBERTO per grazia di Dio re di Sardegna, di Cipro e di Gerusalemme, duca di Savoia, di Genova* […] *principe di Piemonte,* […]
Prendendo in considerazione la fedeltà ed i buoni sentimenti delle popolazioni Valdesi, i Reali Nostri Predecessori hanno gradatamente e con successivi provvedimenti abrogate in parte o moderate le leggi che anticamente restringevano le loro capacità civili. E Noi stessi, seguendone le tracce, abbiamo concedute a que' Nostri sudditi sempre più ampie facilitazioni, accordando frequenti e larghe dispense dalla osservanza delle leggi medesime. Ora poi che, cessati i motivi da cui quelle restrizioni erano state suggerite, può compiersi il sistema a loro favore progressivamente già adottato, Ci siamo di buon grado risoluti a farli partecipi di tutti i vantaggi conciliabili con le massime generali della nostra legislazione. Epperciò per le seguenti, di Nostra certa scienza, Regia autorità, avuto il parere del Nostro Consiglio, abbiamo ordinato ed ordiniamo quanto segue:
I Valdesi sono ammessi a godere di tutti i diritti civili e politici de' Nostri sudditi; a frequentare le scuole dentro e fuori delle Università, ed a conseguire i gradi accademici.
Nulla è però innovato quanto all'esercizio del loro culto ed alle scuole da essi dirette.
Date in Torino, addì diciassette del mese di febbraio, l'anno del Signore mille ottocento quarantotto e del Regno Nostro il Decimottavo.

[8] Flavio Fasulo, *I pastori evangelici valdesi dal 1860 al 1902*, Tesi di Laurea, Università degli Studi di Milano, a. a. 1999/2000, p. 88.

scarsità di evangelisti, si estende rapidamente su tutto il territorio nazionale. Nel 1862 fu fatto notare che l'opera, benché ancora debole e disseminata, si stendeva già "des glaciers du Mont Blanc jusqu'aux feux de l'Etna"[9]. È un'affermazione che sembra sostanzialmente conforme alla realtà e, in parte, confermata dall'attuale presenza dei Valdesi in Italia. Tutto sommato

> "*l'evangelizzazione in Italia seguì le tracce della spedizione garibaldina: dal Piemonte si mosse via mare verso la Sicilia per poi conquistare l'intera penisola risalendo lo Stivale via terra. La densità più alta di comunità si trova in Piemonte e Val d'Aosta, in Liguria, in Toscana e in Sicilia*"[10].

2. *La lunga via verso l'Intesa ovvero 136 anni di riflessione dei valdesi sul rapporto fra Chiesa e Stato*

Ottenuto il riconoscimento dei diritti civili, iniziano anche le riflessioni dei Valdesi, su come rapportarsi al potere pubblico. Infatti, la Tavola Valdese, nel 1849, dichiara:

> "*L'eglise Vaudoise, se trouvant elle en vertu sa régle de foi et de sa constitution, doit se régir elle même d'une manière absolument indipéndente, selon ses principe dans les limites du droit commun; toute entrave on restriction posée par l'Etat à son activité et an developement de sa vie intérieure attaquerait son droit et autonomie, la fausserait comme eglise et tendrait à la detruire*"[11].

Assecondando le idealità risorgimentali, i Valdesi, nella loro prima riflessione su come rapportarsi con lo Stato, o meglio, su come vedere realizzata la libertà come chiesa all'interno dell'ordinamento dello Stato, scelgono di rifarsi al diritto comune. Il limite alle libertà ecclesiastiche è appunto definito dal diritto comune. Dal punto di vista organizzativo, può riscontrarsi un netto separatismo fra Chiesa e Stato, separatismo che ha i suoi effetti per oltre un secolo, prima che man mano si faccia strada, nella chiesa valdese, l'idea di interfacciarsi con lo Stato. Di arrivare, in sostanza, a una forma regolata di rapporti con lo Stato stesso[12]. L'ottimismo risorgimentale di poter arrivare ad

---

[9] *Synode de 1862*, Appendice: *Rapports des évangéelistes sur leur oeuvre en Italie*, p. 34.

[10] Flavio Fasulo, *op. cit*., p.116

[11] Archivio Tavola Valdese (ATV), anno 1849.

[12] Vale la pena ricordare che l'Intesa del 1984 non è il primo contratto con lo Stato; infatti, il 5 giugno 1561, mentre in Calabria vengono trucidati i valdesi, a Cavour si firma il Contratto fra Valdesi e

un regime di netta separazione, valido anche per la chiesa cattolica romana, può, però, ritenersi smentito nella legislazione fascista del 1929/1930. Il Trattato fra la Santa Sede e l'Italia dell'11 febbraio del 1929 sancisce la posizione ufficiale della chiesa di Roma (rimarcando l'Art. 1 dello Statuto del Regno del 4 marzo del 1848), riconosce il risarcimento per i danni subiti dall'assalto a Roma e supera definitivamente la fase dell'anticlericalismo risorgimentale. I rapporti con i culti non cattolici vengono regolati con la Legge 24 giugno 1929, n.1159, "Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi". È, per il mondo evangelico e perciò anche per i Valdesi, una pessima legge che instaura un regime di controllo e ingerenza da parte dello Stato. L'ingerenza si manifesta soprattutto nel fatto che i ministri di culto sono, sì, nominati dalle chiese, ma approvati dal ministero della giustizia e degli affari di culto; lo stesso vale per l'obbligo di autorizzazione per il ministro che intende celebrare un matrimonio a cui far seguire la produzione di effetti civili. Di fronte all'idea protestante che il matrimonio è, per dirla con Martin Lutero, "ein weltlich Ding"[13], cioè appartiene al mondo, con la conseguenza che Lutero separa anche visibilmente l'atto pubblico matrimoniale che avviene fuori dalla chiesa, e la benedizione in chiesa, viene introdotto un non gradito adempimento, rispetto a un obbligo di natura pubblicistica, all'interno del culto: la lettura degli allora articoli 130, 131 e 132 del Codice Civile. Unico lato positivo di una legge, che ai Valdesi continua a sembrare esageratamente restrittiva, viene valutato nella libertà di non avvalersi dell'ora di religione nelle scuole. Nel Sinodo del 1943, che cade nella settimana dell'8 Settembre, i Valdesi riprendono la loro riflessione sul loro rapporto con lo Stato. L'Art. 13/SI/1943 è espressione di questa volontà del Sinodo valdese, di esprimersi, certamente in continuità con quanto affermato già dal 1849 in poi, proprio la sera dell'8 settembre 1943. Vengono fissati alcuni punti fondamentali:

> *Il Sinodo, ricordando i principi contenuti nella Dichiarazione della Tavola Valdese al Governo del 1849, dichiara:*
>
> *La chiesa Valdese mater reformationis, fondata sui principi dell'Evangelo, fedele alla sua confessione di fede ed alla sua costituzione, con la certezza di interpretare la coscienza cristiana nella situazione attuale, riafferma i principi seguenti:*

Emanuele Filiberto di Savoia che garantisce, a dispetto della regola "*cuius regio eius ac religio*" del 1555, la presenza dei Valdesi e l'esercizio del loro credo in un ben definito territorio.

[13] Hanns-Ulrich Delius, a cura di, *Martin Luther*, Evangelischer Verlangsanstalt, Berlin, IV, 1986, pp. 262 e ss.

1. *La Chiesa cristiana deve reggersi da sé, in modo assolutamente indipendente, secondo i suoi principi nei limiti del diritto comune;*
2. *La Chiesa cristiana non deve pretendere alcuna condizione di privilegio;*
3. *La Chiesa cristiana rivendica la più ampia libertà di coscienza, di culto, di testimonianza per tutti;*
4. *La Chiesa cristiana riafferma che qualsiasi ingerenza o restrizione esercitata dallo Stato sulla sua attività e sullo sviluppo della vita interiore, al pari di qualsiasi privilegio, lederebbe il suo diritto e la sua autonomia e ne falserebbe la natura compromettendo la purezza e l'integrità del suo Ministero;*
5. *La Chiesa Valdese considera questa completa libertà civile e indipendenza dallo Stato come condizioni indispensabili al pieno adempimento del suo mandato divino*[14].

In questa situazione storica, i Valdesi fanno un chiaro riferimento alla dichiarazione della Tavola Valdese del 1849, e si trovano, come già ricordato, in piena continuità con tale dichiarazione, cercando al tempo stesso di aprire una nuova, ancorché non chiaramente precisata, prospettiva[15]. L'ordine del giorno è presentato da una decina di persone, che precedentemente hanno partecipato a una riflessione teologica dal tema: "*Concordato e separazione nei rapporti fra Chiesa e Stato*". Nella sua relazione, il pastore Miegge valuta la natura dei rapporti tra Chiesa e Stato nel comune riferimento ch'essi debbono avere all'Evangelo della redenzione in Cristo e dice che le due istituzioni appaiono tra loro in reciproca autonomia, ma anche in relazione l'una con l'altro. Da un lato, lo Stato ha come sua peculiare la sfera del diritto. Lo Stato ha come sua "vocazione": quella di ordinare la vita umana, per mezzo dei valori della giustizia e della autorità;

> "*ma la piena significazione della autorità e della giustizia, la garanzia necessaria e sufficiente contro la degenerazione della giustizia nell'arbitrio e dell'autorità nella tirannia, è la coscienza del loro riferimento a Dio e della loro subordinazione alla sua volontà (…). quando la sfera di 'questo mondo' perviene così alla consapevolezza di dover ricevere il suo definitivo significato da quella imminente del 'mondo veniente' del 'Regno di Dio', essa riconosce al tempo stesso la sua necessaria relatività e il carattere provvisorio di tutte le sue soluzioni*"[16].

---

[14] Articolo 13/SI/1943 in: Archivio Tavola Valdese (ATV), Atti del Sinodo, 1943.

[15] Le riflessioni di Miegge e la genesi dell'ordine del giorno sono state prese in: Paolo Gay, *Profili storico giuridici dell'Intesa tra il governo Italiano e la Tavola Valdese*, Tesi di Laurea, Torino, a.a. 1983/84, pp. 20-33.

[16] Citato da: Giovanni Miegge, *Tesi teologiche*, in Id, *Dalla riscoperta di Dio all'impegno nella società*, Claudiana, Torino, 1977 p. 107.

Dall'altro lato, sempre secondo Miegge, la Chiesa è nel mondo la rappresentante del "mondo veniente", *messaggera* dell'Evangelo. La sua sfera non è quella del diritto, della giustizia, della autorità, "ma quella della libertà, della fede, della dedizione spontanea, della carità che va oltre la giustizia"[17]. La Chiesa, osserva Miegge, opera nel mondo, e per questo necessariamente viene in relazione con la sfera del diritto e dello Stato. In questa relazione, la Chiesa non può pretendere di estendere la propria ingerenza nelle questioni di competenza statuale: la Chiesa come tale non possiede nessuna soluzione per l'ordine di questo mondo. La volontà di una sfera d'imporsi sull'altra è il punto di rottura della relazione, conduce alla perdita dei caratteri dell'una e dell'altra. Per cui

> "*la Chiesa non deve annunciare né imporre al mondo se stessa; deve essere pronta a riconoscere la sfera di autonomia dello Stato, non come limite posto all'Evangelo, ma come un limite a se stessa, alla Chiesa concreta, storica e sempre imperfetta*"[18].

In questo ordine di relazioni tra Chiesa e Stato, Giovanni Miegge osserva che il regime più favorevole alla Chiesa, nel suo incontro con la sfera dello Stato, è quello in cui la libertà non è concessa alla chiesa nella forma di un privilegio, ma come diritto comune riconosciuto a tutte le forme di diffusione delle idee, anche a quelle contrarie al messaggio di cui è nunzia. La Chiesa assicura la sua libertà spirituale assumendo interamente il proprio governo nell'ambito del diritto comune dello Stato, e contentandosi, da parte dello Stato, del riconoscimento che l'autorità civile concede a tutte le associazioni culturali o benefiche[19].

L'Atto del 1943 afferma:

- l'indipendenza dell'ordinamento della Chiesa che si deve governare da sé;
- la non estraneità della Chiesa alla società civile;
- il rifiuto di ogni privilegio;
- il rispetto e la tutela della libertà di coscienza di tutti.

In base all'individuazione di tali punti, l'Atto Sinodale del 1943 non contiene la rivendicazione di una minoranza che vuole garantirsi uno spazio di esistenza, ma è la chiara affermazione di principi di libertà religiosa di

[17] Giovanni Miegge, op. cit., p. 108.

[18] Giovanni Miegge, op. cit., p. 109.

[19] Giovanni Miegge, op. cit., p. 113.

portata universale: l'interpellata è la "Chiesa cristiana", la prospettiva è coerentemente ecumenica.[20]

Negli anni seguenti – il Sinodo non si riunisce, a causa del secondo conflitto mondiale, nel 1944, si

> "*confidava che il nuovo legislatore avrebbe fatto tabula rasa delle leggi limitative della libertà religiosa nel Paese, a partire da quell'art. 1 dello Statuto albertino che, seppure non avesse mai trovato piena applicazione nella sua pura espressione letterale ("La Religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato"), rimaneva come segno di uno Stato confessionale che non aveva più senso sostenere, dopo le recentissime vicende del movimento della Resistenza e gli ideali che lo avevano mosso*"[21].

La Tavola in tal senso promuove nella primavera-estate del 1945 degli studi per una riforma della situazione giuridica delle minoranze religiose[22]. Il Sinodo del 1945 riafferma i principi espressi nel 1943, indirizzando la sua presa di posizione direttamente alla Costituente[23]. L'Assemblea costituente, invece, delude fortemente le speranze di una vera e propria palingenesi del diritto statuale sulle minoranze religiose, introducendo un regime diverso per la Chiesa cattolica (con l'articolo 7 della Costituzione) e le altre confessioni (col successivo articolo 8). Mentre l'articolo 7 conferma sostanzialmente il Concordato del 1929, richiamandolo espressamente nel testo della Costituzione, una importante novità è contenuta nell'articolo 8, che prevede un'alternativa alla Legge sui culti ammessi del 1929. La possibilità per le confessioni religiose, cioè, di raggiungere un'intesa con lo Stato. Se attuata adeguatamente, l'attivazione di un regime di intesa, bilaterale, consente di superare le ingerenze e le limitazioni contenute nella legislazione del 1929 e regola il rapporto fra Stato e culti acattolici in modo contrattuale. Come ha reagito la Chiesa valdese alla pluralità di opzioni con cui la Costituente

---

[20] Cfr. Paolo Gay, *op. cit*., p. 17.

[21] Cfr. Paolo Gay, *op. cit*., pp. 24-25.

[22] Cfr. la Relazione della Tavola Valdese al Venerabile Sinodo del 1945, capitolo "*Per una riforma della situazione giuridica delle minoranze religiose in Italia*", in Archivio Tavola Valdese (ATV), 1945.

[23] Articolo 24/SI/1945: "*Il Sinodo Valdese, in vista della Costituente, che porrà le basi del nuovo Stato Italiano, proclama solennemente che non può esistere autentica libertà umana, civile e politica, se non sul fondamento della libertà religiosa eguale per tutti. Si attende pertanto che la Costituente segni, in modo inequivoco, la fine di ogni residuo del vecchio Stato confessionale; considerando che qualsiasi ingerenza o restrizione esercitata dallo Stato sulla vita della Chiesa, al pari di qualsiasi privilegio, lederebbe la loro natura ed infamerebbe il loro mandato divino*", in Archivio Tavola Valdese (ATV), Atti del Sinodo, 1945.

ha voluto regolamentare la questione della libertà di culto? Non è questa la sede per riproporre tutta la riflessione sul punto, ma potranno essere ricordate alcune tappe che indichino come i Valdesi procedano, nel tentativo di avviare un'intesa con lo Stato.

Nel 1973, a distanza di venticinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione italiana, il Sinodo decide di avviare un dibattito sull'articolo 8, affermando che "dev'essere chiusa la brutta parentesi della legge sui culti ammessi del 1929[24]". Tra il 1977 e il 1978, viene definito il testo presentato al Governo. Occorrono tre anni per definire l'Intesa, poi raggiunta nel 1981. Essa raggiunge l'approvazione soltanto nel 1984. Ciò non dipese dall'eccezione di questioni giuridiche o da ulteriori resistenze da parte della confessione religiosa: fu, semmai, conseguenza delle instabilità politiche interne alle diverse legislature avvicendatesi. Nel 1984, a Intesa sottoscritta, il Sinodo valdese può concludere:

> "*Il Sinodo ritiene che la stipulazione dell'Intesa e la promulgazione della seguente legge rappresenti la prima attuazione della normativa costituzionale in materia e che, pertanto, l'Intesa, superando la legislazione precedente, discriminante e repressiva, rappresenti per il nostro Paese l'introduzione, nell'ordinamento giuridico, di una nuova prospettiva in materia di rapporti Stato-Chiese*"[25].

Dopo la firma della prima Intesa, sono state approvate delle modifiche. La prima risale al 1986, relativamente alla questione della scelta di non avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica. Nel 1993 viene applicato un cambio ben più importante, e stavolta approvato in legge (legge 5 Ottobre 1993, n. 409), in quanto il Sinodo, dopo anni di discussioni e divisioni, decide di attingere ai fondi otto per mille del gettito IRPEF. La decisione è maturata solo per due ragioni. La prima è costituita dal regime di netta separazione sussistente, per i Valdesi, tra il finanziamento attraverso il meccanismo dell'otto per mille e l'organizzazione ecclesiastica. Ciò può essere più sbrigativamente sintetizzato, attraverso il motto adottato nelle campagne, organizzate dai valdesi, per propagandare la possibilità dei contribuenti di destinar loro la quota relativa alla frazione dell'otto per mille del gettito IRPEF: "nessun centesimo per le attività di culto". Infatti, l'otto per mille viene utilizzato per attività culturali e progetti assistenziali e sociali, ma non per finanziare le attività di culto. La seconda ragione è quella di accedere

---

[24] Archivio Tavola Valdese (ATV), Resoconto del Sinodo, 1973.

[25] Art. 20/SI/1984.

solo alle quote espressamente destinate dai contribuenti (una posizione che, invece, verrà superata con la legge n. 68, 8 Giugno 2009). Oltre all'accesso all'otto per mille viene stabilito che le erogazioni alla chiesa valdese sono detraibili e possono essere dichiarate ai fini del rimborso IRPEF, sugli appositi moduli recanti i certificati rilasciati dalla chiesa ricevente. La successiva revisione avviene nel 2007 e riguarda, come ricordato, nuovamente il finanziamento attraverso il sistema dell'otto per mille. Si può ricordare che tale scelta (l'accesso al finanziamento otto per mille, anche in riferimento alle scelte non espresse dai contribuenti) ha determinato numerose perplessità, pur venendo, alla fine, adottata, ad avviso della Tavola, anche come reazione alla gestione dell'otto per mille, da parte delle altre confessioni religiose che lo ricevono.

3. Prime (possibili) conclusioni

Con l'avvio della stagione delle intese con l'Intesa fra la Tavola Valdese e la Repubblica Italiana, si è finalmente cercato di modificare le prospettive legislative sulla libertà religiosa, in modo maggiormente conforme alle intenzioni e ai valori della Costituente. Le intese sono state dapprima raggiunte soltanto dalle confessioni cristiane; nell'ultimo decennio hanno concluso l'intesa anche gruppi "religiosi" estranei al paradigma ecclesiastico cristiano (come nel caso dell'Unione Induista Italiana o dell'Unione Buddhista). Nonostante il numero crescente di intese, rimane comunque il fatto che la libertà religiosa in Italia, come regolata nella Costituzione e per come attuata dal legislatore, rischi di sembrare a "tre velocità":

a) un regime concordatario, privilegiato, scaturente dall'articolo 7, caratterizzato dalla posizione eminente della Chiesa cattolica, non più, dopo la revisione del Concordato del 1984, chiesa di Stato *de iure*, ma comunque nella prassi chiesa favorita dallo Stato *de facto*;

b) un regime negoziato, scaturente dall'articolo 8, che consente di superare la legge del 1929 e molte ingerenze statuali, in essa contenute. I ministri che effettuano visite presso le carceri non hanno più bisogno di chiedere delle autorizzazioni, è la Tavola, invece, che deposita un elenco dei ministri abilitati; nessuna autorizzazione è dovuta anche per la celebrazione del matrimonio. La coppia che intende sposarsi con il rito valdese deve solo dichiararlo, senza dovere nemmeno indicare il ministro celebrante;

c) il regime uniltarale della legge del 1929 per tutti i soggetti che non hanno ancora un'Intesa. Sono loro che istituzionalmente non hanno quella libertà di cui godono i soggetti degli articoli 7 e 8.

Non è occasionale leggere sui giornali titoli come come "Il pio Veneto vieta la preghiera islamica"[26]. Ed è ancor più nota la particolare problematica dell'apertura di nuovi luoghi di culto, soprattutto a danno delle comunità islamiche, in Lombardia[27]. In una formula, molto sintetica ma probabilmente attendibile, si potrebbe dire che la libertà religiosa individuale è garantita, quella istituzionale non ha garanzie per le confessioni religiose che non hanno ottenuto un'intesa con lo Stato. Dal punto di vista pratico, anche per le confessioni munite di intesa, non sempre la disciplina è attuata adeguatamente: i punti cruciali sono, per quanto riguarda l'applicazione dell'intesa con la Tavola valdese, le visite nelle carceri e nei luoghi di cura, oltre che le procedure per la celebrazione del matrimonio. È chiaro che le confessioni religiose munite di intesa siano fortemente minoritarie. Presso le pubbliche amministrazioni, non è frequente dovere adottare il regime previsto dalla legislazione bilaterale. Così, spesso e anche dopo trenta anni dall'approvazione dell'intesa, per molti dipendenti pubblici un culto non cattolico deve sottostare alla disciplina prevista nella legge del 1929. Si può osservare, valutando statisticamente le maggiori difficoltà riscontrabili nel procedimento matrimoniale, come i problemi nascano o nel momento delle pubblicazioni, perché l'ufficiale di Stato civile esige l'autorizzazione, o alla trascrizione, perché non è allegato il periodo delle pubblicazioni sull'atto o perché la trascrizione viene certificata con un modulo che fa riferimento alla legge del 1929. È sull'abrogazione definitiva della legge del 1929 che il legislatore dovrebbe intervenire. La chiesa Valdese intanto valuta la posizione raggiunta attraverso l'Intesa come impegno per chi non gode dei diritti che dovrebbe essere garantiti a tutti i soggetti, anche a quelli collettivi.

---

[26] In *l'Unità*, 2 gennaio 2008.

[27] In *Riforma - Settimanale delle chiese evangeliche Battiste, Metodiste e Valdesi*, 38, 2014, p. 16.

La libertà di religione in Indonesia e il problema dell'adattamento alle norme internazionali

Silvia Angioi

1. Introduzione

Ai sensi di quanto stabilito dagli strumenti internazionali in materia di diritti umani, la libertà di religione rientra nel novero dei cosiddetti diritti inderogabili. Tuttavia, il tema del diritto alla libertà di religione appare, nel più ampio dibattito relativo ai diritti umani, assai controverso ed assume dimensioni particolarmente rilevanti nell'ambito dei contesti statali pluriconfessionali e multietnici. Laddove infatti ci si trovi in presenza di una componente etnica e confessionale eterogenea, è indubbio che l'obbligo che allo Stato è imposto, di garantire la libertà di religione, si coniuga inevitabilmente con quello di garantire il diritto di ciascun individuo a non subire discriminazioni, nonché con quello di tutelare i diritti delle minoranze religiose. Il caso dell'Indonesia pare, sotto i profili summenzionati, quasi paradigmatico: malgrado la sua connotazione islamica – essendo l'Islam il credo religioso maggioritario – l'Indonesia è paese che si è distinto per una duratura tradizione di pluralismo e tolleranza religiosa. Ciò è in buona parte ascrivibile alle peculiarità dell'ordinamento giuridico e alla sua particolare evoluzione, che è quanto dire del ruolo che nella costruzione di questo medesimo ordinamento e nella edificazione dello Stato unitario post-coloniale ha svolto la *Pancasila*[1] garantendo la coesistenza tra gruppi etnici e confessionali differenti.

Più di recente tuttavia, il dibattito interno sui diritti umani in Indonesia è apparso fortemente incentrato sul tema del riconoscimento del diritto alla libertà di religione e sul problema delle discriminazioni su base religiosa che colpiscono alcune minoranze presenti nel paese. L'Indonesia sta sperimentando – così come costantemente riportato dagli osservatori internazionali

---

[1] Sul significato e sul ruolo della *Pancasila* nell'evoluzione dell'ordinamento indonesiano si veda più ampiamente *infra*, p. 349 ss.

nonché dalle numerose organizzazioni non governative locali – gli effetti di un diffuso fenomeno di intolleranza e di istigazione all'odio religioso: il governo e le istituzioni indonesiane hanno ripetutamente dato prova di una tendenza ad affrontare e gestire il problema con modalità che appaiono chiaramente in contrasto non solo con il contenuto degli obblighi posti dalle norme internazionali in vigore ma, prima ancora, con l'assetto democratico dell'ordinamento indonesiano e dunque con il ruolo di armonizzazione e bilanciamento degli interessi che lo Stato è chiamato a svolgere.

A livello interno – ma è opinione diffusa anche tra gli osservatori internazionali e gli organi internazionali di monitoraggio dei diritti umani – si è affermata la consapevolezza che all'origine dei problemi connessi con la libertà di religione in Indonesia – restrizioni all'esercizio del diritto a professare e manifestare il credo, specie da parte delle minoranze religiose, fenomeni di incitamento all'odio su base religiosa, fenomeni di violenza e attacchi contro sedi ed esponenti di gruppi religiosi minoritari – vi sia non solo la persistente vigenza della legge sulla blasfemia ma altresì l'adozione, da parte del legislatore indonesiano, di provvedimenti che inficiano significativamente il riconoscimento del diritto alla libertà di religione perché hanno come obiettivo quello di limitare il diritto alla libera espressione del credo e producono, come effetto consequenziale, un fenomeno di discriminazione e di incitamento alla violenza.

Il problema tende ad assumere una specifica valenza sotto il profilo internazionale a seguito della ratifica da parte dell'Indonesia del Patto sui diritti civili e politici, avvenuta nel 2005[2]. Le norme in esso presenti infatti, nella loro capacità di interazione, impongono obblighi specifici in capo allo Stato e determinano la necessità non solo che l'ordinamento interno adotti, in conformità a tali obblighi, tutte le misure necessarie per prevenire e reprimere i fenomeni in cui si concreta la violazione delle norme contenute nel Patto, ma altresì che attivi al proprio interno, i processi di riforma idonei a porre lo Stato in condizione di recepire il dettato delle norme internazionali e garantire il progressivo allineamento agli *standard* internazionali.

2. *Il quadro normativo internazionale in materia di libertà di religione: contenuto delle norme e problematiche connesse*

Come è noto, alla libertà di pensiero, coscienza e religione è dedicato sia l'art. 18 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, sia l'art.

[2] Il Patto sui diritti civili e politici, adottato dalle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976, è stato ratificato dall'Indonesia con L. n. 12/2005.

18 del Patto sui diritti civili e politici. Alle norme citate, che rappresentano senz'altro i punti di riferimento essenziali nella materia di cui si tratta, va ad aggiungersi la Dichiarazione sull'eliminazione di ogni forma di intolleranza e discriminazione basata sulla religione e il credo, adottata dall'Assemblea generale nel 1981[3]; quest'ultima in particolare, che rappresenta uno strumento di carattere generale e onnicomprensivo nel settore in esame, non ha valore vincolante e, non a caso, data la natura "sensibile" della tematica, non è mai stata trasfusa in una convenzione internazionale. Il tema della libertà di religione è oggetto altresì di norme specifiche anche nel quadro degli strumenti internazionali sui diritti umani adottati sul piano regionale. Merita tuttavia osservare che per quanto concerne l'Indonesia, gli strumenti regionali applicabili non possiedono carattere vincolante: si intende fare riferimento innanzitutto alla *Asean Declaration on Human Rights*, che al par. 22 contiene un espresso richiamo alla libertà di coscienza e religione[4], nonché alla Dichiarazione sui diritti dell'uomo nell'Islam adottata nell'ambito dell'organizzazione per la Conferenza islamica nel 1990[5].

Ad una lettura delle norme ovvero dei principi enunciati in materia di libertà religione negli strumenti internazionali universali cui si è fatto riferimento – e cioè Patto sui diritti civili e politici e Dichiarazione del 1981 – si evince il dato di una significativa convergenza quanto ai contenuti enunciati. Una differenza di approccio si rileva invece se si guarda al dettato dell'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che si esprime diversamente in merito ad un aspetto, quello relativo alla libertà di cambiare religione o credo, che non pare certamente secondario. Ad un raffronto dunque tra la norma dell'art. 18 del Patto sui diritti civili e politici ed il principio di cui all'art. 1 della Dichiarazione del 1981 si ricava che il diritto alla libertà di religione è inteso sostanzialmente come diritto di scegliere e professare liberamente il proprio credo sia in privato, sia attraverso la pratica del culto e l'insegnamento[6]. Né l'art. 18 del Patto sui diritti civili e politici, né l'art. 1

---

[3] D'ora in avanti la Dichiarazione del 1981. Cfr. UNGA Res. 36/55, 25.11. 1981.

[4] La Dichiarazione è stata adottata dall'ASEAN nel dicembre 2012. Il testo è consultabile su http://www.asean.org/news/asean-statement-communiques/item/asean-human-rights-declaration.

[5] Il testo è pubblicato in Paolo Ungari, Milena Modica (a cura di), *Per una convergenza mediterranea sui diritti dell'uomo. Vol. I*, Roma, 1997, p. 35 ss.

[6] Il contenuto dell'art. 18 del Patto sui diritti civili e politici e dell'art. 1 della Dichiarazione del 1981 appare pressoché identico. L'art. 18 del Patto recita: "Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione. Tale diritto include la libertà di avere o di adottare una religione o un credo di sua scelta, nonché la libertà di manifestare, individualmente o in comune con altri, sia in pubblico che in privato la propria religione o il proprio credo, nel culto e nell'osservanza dei riti, nelle pratiche e nell'insegnamento". La Dichiarazione del 1981 prevede, all'art. 1: "Ogni individuo ha il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione. Tale diritto include la libertà di

della Dichiarazione contengono l'espressa menzione al diritto di cambiare religione, diversamente, come si è rilevato sopra, da quanto previsto dall'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo[7]. È ben noto peraltro che il diverso tenore che caratterizza le norme ed i principi enunciati è spiegabile alla luce delle pressioni che i paesi islamici avevano esercitato in sede di negoziato, durante i lavori preparatori del Patto sui diritti civili e politici, affinché dal testo dell'articolo 18, in fase di adozione, venisse eliminato qualsiasi riferimento al diritto di cambiare religione[8].

Malgrado l'enunciazione di tale diritto sia stata concepita in termini tendenzialmente ampi, che sottendono a ben vedere il divieto di qualsiasi forma di coercizione che possa inficiare il diritto alla libertà di religione, perché intesa ad imporre un credo o al contrario ad impedire o vietare la libera professione della religione di propria scelta, il dato che rileva è senz'altro quello di una tematica che è percepita come assai sensibile e controversa: il dibattito sulla libertà di religione è stato ed è tutt'ora animato dalla diversità di approccio e da una sensibilità non condivisa da parte degli Stati, che si traduce assai spesso in scelte normative chiaramente in contrasto con il dettato delle norme internazionali.

A tale dibattito hanno offerto contributi significativi alcuni organismi internazionali, istituiti nel quadro delle Nazioni Unite, primi fra tutti i Relatori speciali sulla libertà di credo e religione. Nel corso del tempo sono stati infatti adottati numerosi rapporti dai quali emergono chiaramente i nodi

---

avere una religione o un qualsivoglia credo di sua scelta, nonché il diritto, sia individualmente che in comune con altri, in pubblico come in privato, di manifestare la sua religione o credo, nel culto e nell'osservanza, nella pratica e nell'insegnamento".

[7] L'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo stabilisce: "Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, e sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti".

[8] L'opposizione dei paesi islamici era chiaramente giustificata dalla necessità di evitare che dalla ratifica del Patto potesse derivare l'obbligo di adattamento ad una norma che, se fosse stata formulata in maniera da ricomprendere anche il diritto di cambiare religione, sarebbe inevitabilmente risultata incompatibile con le norme vigenti negli ordinamenti di numerosi paesi islamici, che mantengono fermo il divieto di apostasia (Cfr. UN Doc. A/C3/L.422 e A/4625). Sul tema della libertà di religione e dell'apostasia nell'Islam si rimanda a Sami Aldeeb Abu Sahlieh, *Le délit d'apostasie aujourd'hui et ses conséquences en droit arabe et musulman*, in *Islamochristiana*, 1994, p. 93 ss.; Paul Blanc, *L'apostasie dans le droits d'Afrique du Nord*, in *Revue d'Histoire des Institutions Méditerranées*, 1997, p. 33 ss.; Silvia Tellenbach, *L'apostasia nel diritto islamico*, in *Daimon*, 2001, p. 53 ss.; Abdullahi Ahmed An-Na'im, *La libertà religiosa nella prospettiva islamica: la posizione giuridica sull'apostasia e il dibattito contemporaneo*, in Andrea Pacini (a cura di), *La libertà religiosa tra tradizione e moderni diritti dell'uomo. Le prospettive delle grandi religioni*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 2002, p. 100 ss.; Abdullah Saeed, Hassan Saeed, *Freedom of Religion, Apostasy and Islam*, Ashgate, Aldershot, 2004.

cruciali di una tematica assai complessa: dal problema del contenuto delle norme in materia di libertà di religione, a quello della liceità delle restrizioni apposte all'esercizio di tale diritto, a quello non meno rilevante – specie nei contesti statali che si caratterizzano per la presenza di un dato multi-etnico e multi-religioso – della tutela delle minoranze religiose e delle diverse forme di discriminazione originate dall'appartenenza religiosa. È tuttavia opportuno, per tentare di delineare sommariamente le questioni che appaiono centrali nel dibattito, prendere le mosse dal ben noto Commento 22 adottato, in tema di libertà di religione, dal Comitato sui diritti umani[9] nel 1993: il documento infatti offre alcune fondamentali delucidazioni e indicazioni in merito all'interpretazione della norma contenuta nell'art. 18 del Patto sui diritti civili e politici e dunque ai vari aspetti connessi con il tema in esame[10].

In merito al primo aspetto, cioè quello relativo all'interpretazione del dettato dell'art. 18, il Comitato afferma innanzitutto che la norma, che tiene ferma la distinzione tra diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione e diritto alla libertà di manifestare la religione o il credo, è stata concepita per essere interpretata in maniera estensiva. La libertà di religione implica infatti, necessariamente, non solo la libertà di scegliere la religione o il credo, ma altresì la libertà di non professare alcun credo così come quella di cambiare religione[11]. Tale approccio è stato confermato costantemente dai diversi Relatori speciali sulla libertà di religione, nominati dalle Nazioni Unite: questi ultimi hanno avuto modo di ribadire che la norma contenuta nell'art. 18 del Patto sui diritti civili e politici ed il principio affermato nell'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, malgrado l'assenza di un espresso riferimento nell'art. 18 del Patto sui diritti civili e politici al

[9] Come è noto, il Comitato è l'organo di controllo e monitoraggio istituito dal Patto sui diritti civili e politici.

[10] Sul punto cfr. CCPR, *General Comment No. 22 on the right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18)* (30 July 1993), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4. Cfr. altresì Leonard Hammer, *The International Human Right to Freedom of Conscience: Some Suggestions for Its Development and Application*, Ashgate, Aldershot, 2001; Christian Walter, *Religion or Belief, Freedom of, International Protection*, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2012, Vol. VIII, p. 864.

[11] Cfr. CCPR, *General Comment No.22*, cit. Si legge (par. 2): "Article 18 protects theistic, non-theistic and atheistic beliefs, as well as the right not to profess any religion or belief. The terms "belief" and "religion" are to be broadly construed. Article 18 is not limited in its application to traditional religions or to religions and beliefs with institutional characteristics or practices analogous to those of traditional religions. The Committee therefore views with concern any tendency to discriminate against any religion or belief for any reason, including the fact that they are newly established, or represent religious minorities that may be the subject of hostility on the part of a predominant religious community". Sul diritto "To replace one's current religion" v. par. 5.

diritto di cambiare religione, possiedono il medesimo tenore e contenuto[12]. Recentemente, anche il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite ha confermato la validità di tale impostazione sostenendo che "Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion or belief, which includes the freedom to have or not to have, or to adopt a religion or belief of one's choice (…) including the right to change one's religion or belief"[13].

Nel Commento 22, il Comitato ha focalizzato l'attenzione su un ulteriore cruciale aspetto del diritto alla libertà di religione, disciplinato dal par. 3 dell'art. 18, ovverossia quello relativo alle restrizioni alle quali tale diritto può essere legittimamente sottoposto. Da questo punto di vista merita ricordare che al di là dell'apparente contraddizione, che potrebbe rilevarsi laddove si consideri la natura inderogabile del diritto alla libertà di religione prevista dall'art. 4 del Patto sui diritti civili[14], il par. 3 dell'art. 18 prevede espressamente che tale diritto può essere soggetto a limitazioni sebbene nei termini indicati dalla norma medesima[15]. L'interazione tra l'art. 4 in materia di deroghe e l'art. 18, par. 3 in materia di restrizioni all'esercizio del diritto, appare evidente laddove si prenda in considerazione la natura tassativa delle ragioni che possono essere invocate dallo Stato per giustificare l'apposizione di limiti all'esercizio della libertà di religione. L'eccessiva compressione della libertà di religione – che sia cioè concepita per ragioni diverse da quelle contemplate dal par. 3 dell'art. 18 – verrebbe infatti a collidere col dettato dell'art. 4 che, annoverando il diritto alla libertà di religione fra i diritti per i quali non è ammessa deroga, rende ammissibili solo quelle restrizioni che non si traducano in forme di diniego di un diritto fondamentale. Il Comitato nel Commento 22 ha infatti avuto modo di precisare che la norma di

---

[12] Cfr. *Report submitted by Mr. Abdelfattah Amor, Special Rapporteur on Freedom of Religion and Belief, in accordance with Commission on Human Rights Resolution 1996/23* (30 December 1996), UN Doc. E/CN.4/1997/91, parr. 70-80; *Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Ms Asma Jahangir* (20 December 2004), UN Doc. E/CN.4/2005/61, parr. 45-47; UNGA *Interim Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Asma Jahangir* (30 September 2005), UN Doc. A/60/399, parr. 40-68; UNGA, *Interim report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Asma Jahangir* (20 July 2010), UN Doc. A/65/207, spec. par. 10; UNGA, *Interim Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Heiner Bielefeldt* (13 August 2012), UN Doc. A/63/303.

[13] Cfr. HRC Res. *Freedom of Religion or Belief* (18 March 2013) UN Doc. A/HRC/22/L.9.

[14] Gli strumenti internazionali in materia di diritti umani solitamente contemplano la cosiddetta clausola di inderogabilità: così il Patto sui diritti civili e politici (art. 4); la Convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali (art. 15); la Convenzione americana sui diritti dell'uomo (art. 27).

[15] Art. 18, par. 3: "Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others".

cui all'art. 18 par. 3 va interpretata restrittivamente nel senso che eventuali restrizioni che non trovino fondamento nelle ragioni espressamente contemplate dalla norma non possono essere ammesse anche laddove vengano giustificate con l'esigenza di tutelare altri diritti pure garantiti dal Patto[16]. Sulla questione dei limiti si sono sovente soffermati non solo i Relatori Speciali, ma anche altri organismi nell'ambito delle Nazioni Unite: sotto questo profilo, il principio che è stato più volte ribadito è che i limiti all'esercizio del diritto alla libertà di religione devono assumere caratteri di eccezionalità e che l'elencazione delle ragioni – pubblica sicurezza, ordine pubblico e salute pubblica, morale e necessità di garantire i fondamentali diritti altrui – deve essere considerata come tassativa. Merita peraltro evidenziare quanto è stato precisato a questo proposito, ovverossia che i motivi che possono essere addotti a giustificazione dell'adozione di misure restrittive non potranno essere ad esempio quelli relativi ad esigenze di sicurezza nazionale o di salvaguardia dell'altrui reputazione[17].

Come emerge dalla prassi, le misure restrittive possono assumere le forme più varie e la possibilità che esse possano dare luogo ad abusi è più che concreta. Lo Stato può invero fare ricorso a svariati strumenti per imporre limiti all'esercizio della libertà di religione: lungi dall'apparire necessarie ad affrontare eventuali situazioni eccezionali, tali misure appaiono sovente funzionali rispetto all'approccio che lo Stato adotta in linea più generale in materia di libertà di religione nonché a strategie pianificate, volte al raggiungimento di scopi specifici. Da questo punto di vista l'adozione ad esempio di leggi sulla blasfemia appare emblematica. Questa tipologia di interventi normativi, che si fonda solitamente sull'individuazione di fattispecie perseguite penalmente, dimostra di essere idonea ad inficiare significativamente l'esercizio non solo del diritto alla libertà di religione ma altresì del diritto a non subire discriminazioni. Ciò che infatti emerge – come si avrà modo di evidenziare con riferimento allo specifico caso dell'Indonesia – è proprio il nesso che viene ad instaurarsi tra diritto alla libertà di religione e diritto a non essere discriminati: proprio le leggi sulla blasfemia infatti poiché mirano al perseguimento di comportamenti giudicati blasfemi ovverossia contrastanti con i dettami ufficiali della religione individuata come "ufficia-

---

[16] Cfr. CCPR, *General Comment No. 22*, cit., par. 8: "The Committee observes that paragraph 3 of article 18 is to be strictly interpreted: restrictions are not allowed on grounds not specified there, even if they would be allowed as restrictions to other rights protected in the Covenant, such as national security".

[17] In questo senso cfr. *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la liberté de religion ou de conviction, Mme Asma Jahangir* (9 January 2006), UN Doc. E/CN.4/2006/5, par. 42; UNGA *Interim Report*, (UN Doc. A/60/399), cit., par. 62.

le" e solitamente professata da una maggioranza, risultano idonee a creare discriminazioni a danno di coloro che fanno parte di una minoranza, anche nel contesto del medesimo credo religioso.

Il tema della blasfemia è stato costantemente affrontato dai Relatori speciali che hanno sottolineato in più circostanze come il ruolo del legislatore interno sotto questo profilo appaia cruciale: un corretto approccio nei confronti della libertà di religione richiede che venga adeguatamente ponderata non solo la scelta relativa all'adozione di una certa tipologia di provvedimenti idonei a limitare il diritto alla libertà di religione, ma altresì richiede che, laddove tali provvedimenti siano adottati, venga attentamente definita la linea di demarcazione che separa i comportamenti leciti da quelli stigmatizzati come blasfemi e dunque perseguibili per legge[18].

Nell'opinione dei Relatori speciali, il problema più rilevante si pone in quanto le leggi sulla blasfemia sono di solito concepite in modo da includere nelle fattispecie perseguibili un'ampia gamma di comportamenti, difficilmente individuabili a priori perché non specificamente classificati, rispetto ai quali l'elemento determinante per definire la loro perseguibilità è rappresentato dal concetto di "devianza" ovverossia di contrasto rispetto alle posizioni proprie del credo ufficiale. Ed è proprio l'accertamento della sussistenza di un comportamento "deviato" che diviene cruciale ed è l'elemento rispetto al quale il giudice è chiamato a svolgere, con ampi spazi di manovra, un ruolo fondamentale

È peraltro evidente la stretta connessione esistente tra il problema della definizione di comportamenti "deviati" rispetto alle posizioni del credo ufficiale e la libertà di espressione e di manifestazione del pensiero: è quanto dire, guardando al sistema del Patto sui diritti civili e politici, dell'interrelazione esistente tra l'art. 18 e l'art. 19, dedicato, quest'ultimo, al diritto alla libertà di espressione. Tale interazione presenta infatti delle particolari implicazioni.

È innanzitutto chiaro che laddove lo Stato appaia interessato a tutelare in maniera rigorosa il credo religioso – qualunque esso sia – il risultato cui verosimilmente si perviene è quello di restringere significativamente la libertà di espressione e di opinione qualora queste ultime siano manifestazione di un dissenso rispetto alle posizioni ufficiali di un determinato credo religioso,

---

[18] Cfr. *Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Asma Jahangir, and the Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Doudou Diène, further to Human Rights Council Decision 1/107 on incitement to racial and religious hatred and the promotion of tolerance* (20 September 2006), A/HRC/2/3, spec. parr. 22-50; UNGA *Interim Report of the Special Rapporteur on Freedom on Religion and Belief, Asma Jahangir* (29 July 2010), UNGA Doc. A/65/207, par. 44.

in omaggio all'esigenza di tutelare innanzitutto il credo religioso ufficiale, piuttosto che i diritti attribuiti all'individuo[19]. Sotto questo profilo, il rapporto congiunto presentato dal Relatore speciale sulla libertà di religione e credo e dal Relatore speciale sulle attuali forme di razzismo, discriminazione razziale e xenofobia mette in evidenza il fatto che, per quanto i comportamenti che rientrano nel concetto di "defamation of religions" possano risultare offensivi nei confronti del sentimento religioso degli appartenenti ad un determinato credo, non per questo tali comportamenti possono essere stigmatizzati come atti in cui si concreta la materiale violazione dell'altrui diritto alla libertà di religione. Nemmeno è sostenibile, ad avviso dei Relatori speciali, che il diritto alla libertà di religione debba intendersi non come diritto a manifestare liberamente il proprio credo ma piuttosto come diritto ad ottenere la tutela del credo religioso di appartenenza da ogni e qualsivoglia offesa. È quanto dire che è il diritto dell'individuo ad essere oggetto di tutela e non il credo religioso in se e per se[20].

Per converso le leggi sulla blasfemia si basano normalmente su quest'ultimo assunto e proprio per questo sono idonee a creare un conflitto tra diritto alla libertà di religione e diritto alla libertà di opinione[21]. La conseguenza è che dall'applicazione delle norme sulla blasfemia deriva che coloro che professano opinioni dissenzienti, lungi dall'essere garantiti dallo Stato nei loro fondamentali diritti, sono perseguiti a causa delle opinioni espresse ed in più sono fatti oggetto di abusi anche da parte di attori non statali che si ergono a difensori del credo "ufficiale". L'ulteriore risultato infatti è quello di una stretta quanto pericolosa correlazione tra i comportamenti classificati come blasfemi e quelli di incitamento all'odio e alla violenza contro coloro ai quali si attribuisce la responsabilità di comportamenti "deviati": tali dinamiche appaiono essere una costante in non pochi contesti nazionali, così come

---

[19] A tale proposito, il Comitato sui diritti umani nel suo Commento generale n. 34, relativo al diritto alla libertà di espressione, afferma: "Prohibitions of displays of lack of respect for a religion or other belief system, including blasphemy laws, are incompatible with the Covenant, except in the specific circumstances envisaged in article 20, paragraph 2, of the Covenant (…). Thus, for instance, it would be impermissible for any such laws to discriminate in favour of or against one or certain religions or belief systems, or their adherents over another, or religious believers over non-believers. Nor would it be permissible for such prohibitions to be used to prevent or punish criticism of religious leaders or commentary on religious doctrine and tenets of faith". Cfr. CCPR, *General Comment No. 34. Freedom of Opinion and Expression*, CCPR/C/GC/34, 21 July 2011, par. 48.

[20] Cfr. *Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Asma Jahangir, and the Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Doudou Diène,* UN Doc. A/HRC/2/3, cit.

[21] Si veda in particolare, da ultimo, *Rapport du Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction, Heiner Bielefeldt* (26 décembre 2013), UN Doc. A/HRC/25/58, spec. par. 59.

ampiamente rilevato sia dai Relatori speciali[22] – nonché dall'Assemblea generale[23] delle Nazioni Unite e dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani[24], sia da numerosi osservatori indipendenti[25]. Tali organismi hanno posto l'accento sul contenuto degli obblighi che gli Stati hanno assunto a riguardo, obblighi che discendono in particolare dagli articoli 19 e 20 del Patto sui diritti civili e politici, nonché dall'art. 4 della Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale[26]. È infatti ai sensi di tali norme che gli Stati, specie nei casi in cui la componente etnico-religiosa sia variegata ed appaia caratterizzata dalla presenza di minoranze religiose[27], sono tenuti ad adottare al proprio interno tutte le misure necessarie per garantire adeguatamente il diritto alla libertà di religione, ivi comprese quelle idonee a prevenire e combattere l'odio, la discriminazione e la violenza su base religiosa[28].

---

[22] Cfr. *Report of the Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, on Combating Defamation of Religions (Mr. Doudou Diène)* A/HRC/9/12, parr. 45, 65. Cfr. altresì UNGA *Interim Report of the Special Rapporteur on Freedom on Religion and Belief, Asma Jahangir*, UNGA Doc. A/65/207, cit., parr. 41-44.

[23] L'Assemblea generale ha dedicato all'argomento diverse risoluzioni. Cfr. UNGA Res. 62/154 (18 December 2007); UNGA Res. 63/171 (18 December 2008); UNGA Res. 64/156 (18 December 2009); UNGA Res. 65/224 (21 December 2010).

[24] Cfr. High Commissioner on Human Rights, *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Experts Workshop on the Prohibition of Incitement to National, Racial or Religious Hatred* (11 January 2013), UN Doc. A/HRC/22/17/Add.4.

[25] Cfr. Human Rights Watch, *In Religion's Name*, cit., spec. p. 70 ss.; Asian Legal Resource Centre/ Kontras, *Stakeholders Submission concerning the Universal Periodic Review of Indonesia, Submitted by the Asian Legal Resource Centre and Kontras, November 21, 2011*, consultabile su http://www.alrc.net/PDF/ALRC-UPR-13-001-2011-Indonesia.pdf; Halil et. al., *Leadership Without Initiative. The Condition of Freedom of Religious/ Belief in Indonesia 2012*, consultabile su http://www.setara-institute.org/sites/setara-institute.org/files/Reports/Religious%20Freedom/130617 laporan%20 KBB%202012%20ENGLISH.pdf.

[26] Gli artt. 19 e 20 del Patto sui diritti civili e politici affermano rispettivamente il diritto alla libertà di espressione e di opinione ed il divieto di incitamento all'odio razziale, etnico e religioso. L'art. 4 della Convenzione sull'eliminazione della discriminazione razziale afferma il divieto di qualsiasi attività o forma di propaganda che si basi sull'idea della superiorità razziale e di ogni attività o propaganda che istighi all'odio e alla discriminazione razziale.

[27] Si vedano, a titolo esemplificativo, i *Country Reports* di alcuni Relatori speciali: *Civil and Political Rights Including Religious Intolerance. Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion and Belief, Asma Jahangir. Mission to Nigeria*, E/CN.4/2006/5/Add.2, 7 October 2005; *Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion and Belief, Ms. Asma Jahangir. Mission to the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, A/HRC/13/40/Add.2, 28 December 2009, par. 46 ss.; *Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion and Belief, Ms Asma Jahangir. Addendum. Mission to India*, A/HRC/10/8/Add.3, 26 January 2009, par. 59 ss.

[28] See *Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Heiner Bielefeldt* (24 December 2012), UN Doc. A/HRC/22/51. Ad avviso del Relatore speciale, lo Stato è chiamato ad adottare tutti i provvedimenti necessari "to create favourable conditions for persons belonging to religious minorities to ensure that they can take their faith-related affairs in their own hands in order

La intrinseca interrelazione tra le diverse componenti che concorrono a definire il problema della libertà di religione e del suo riconoscimento si traduce evidentemente a livello normativo, nell'esistenza di un nesso evidente tra le norme che affermano diritti diversi, ai quali però il Patto sui diritti civili e politici garantisce un analogo livello di protezione, dal diritto alla libertà di religione (art. 18), al diritto di opinione e di espressione (art. 19)[29], al diritto a non essere discriminati (art. 26), al diritto a ricevere garanzie particolari nel caso in cui si faccia parte di una minoranza (art. 27). Sotto tutti i profili richiamati, le leggi sulla blasfemia possono rappresentare, a seconda di come vengano formulate e concepite, un effettivo ostacolo al pieno adempimento a parte dello Stato agli obblighi internazionali e dunque al processo di allineamento dell'ordinamento interno agli *standard* indicati a livello internazionale.

3. *Indonesia, identità islamica e libertà di religione alla luce delle norme costituzionali*

Che il dato multietnico e la componente pluralista abbiano assunto storicamente nel contesto indonesiano una valenza identitaria centrale, condizionando altresì l'evoluzione dell'ordinamento giuridico, è cosa ben nota: in tale contesto anche il tema dell'affermazione dell'identità islamica, assume connotazioni particolari[30]. Le peculiarità ascrivibili all'ordinamento interno indonesiano sono il risultato di un processo di evoluzione dell'assetto storico-politico che si è caratterizzato, già a partire dal periodo coloniale, in virtù di una dialettica costante tra esigenze di affermazione dell'identità islamica ed esigenze di costruzione di uno Stato centrale unitario[31]: tale dinamica

---

to preserve and further develop their religious community life and identity". Nello stesso senso cfr. *Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Asma Jahangir* (26 December 2006), A/HRC/4/21; UNGA *Interim Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Asma Jahangir* (17 July 2009), UN Doc. A/64/159*; Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Asma Jahangir* (21 December 2009), A/HCR/13/40.

[29] Il riconoscimento di tale diritto va inteso peraltro in quella particolare e ampia accezione che si ricava dalla lettura combinata delle disposizioni contenute negli artt. 19 e 20.

[30] La componente multietnica è un dato che si coniuga con quello di una dominante islamica (la percentuale di cittadini musulmani è pari a circa l'88%), elemento quest'ultimo che, considerato il numero complessivo di abitanti (238 milioni nel 2010) fa dell'Indonesia il paese islamico più popoloso in assoluto. Cfr. UN HRI/CORE/IDN/2010.

[31] È noto che durante il periodo coloniale, il ruolo dei colonizzatori olandesi si era tradotto sia, in termini politici, nell'esercizio di forme di controllo e di "contenimento" dell'Islam politico, sia, in termini più propriamente giuridici, nella creazione di un sistema idoneo ad assicurare la convivenza

si è costantemente riproposta, dopo la fine della dominazione olandese, in maniera spesso tutt'altro che pacifica, fino ai tempi recenti[32].

Occorre prendere le mosse da alcune considerazioni che paiono necessarie ai fini di un corretto inquadramento del problema della libertà di religione in Indonesia e che attengono alle peculiari caratteristiche dell'ordinamento indonesiano: da ciò infatti non pare possibile prescindere se si vuole collocare in una prospettiva corretta il problema del rapporto tra norma internazionale e norma interna nella materia che qui interessa, ma altresì se si vuole comprendere in che termini quella stessa identità islamica può aver condizionato l'approccio del legislatore al tema della libertà di religione.

La Costituzione indonesiana, promulgata all'indomani dell'indipendenza, nell'agosto 1945[33], non proclama l'Islam come religione di Stato né include la *Syariah* nel sistema delle fonti del diritto. A tale dato va ad aggiungersi quello rappresentato dall'importanza assunta, sotto il profilo ideologico, dalla *Pancasila,* cioè dal manifesto filosofico e politico del Presidente Sukarno, adottato all'indomani dell'indipendenza, fortemente incardinato non solo sul credo in un solo Dio, ma altresì su ideali di unità del paese e di uguaglianza fra i cittadini[34]. Tale dato pare significativo: l'esigenza infatti

---

tra legge islamica e consuetudini locali, anche tramite l'istituzione di giurisdizioni differenti e in particolare di "corti islamiche", dotate di giurisdizione sui cittadini di fede islamica per le questioni attinenti allo statuto personale. Cfr. Leslie h. Palmier, *Indonesia and the Dutch*, Oxford Univ. Press, London, 1962; Daniel s. Lev, *Islamic Courts in Indonesia*, University of California Press, Berkley, 1972, p. 8 ss.; Edward J. Schmutzer, *Dutch Colonial Policy and the Search for Identity in Indonesia: 1920-1931*, E.J. Brill, Leiden,1977; Deliar Noer, *The Modernist Muslim Movement in Indonesia: 1900-1942*, Oxford Univ. Press, Singapore,1973; Michel B. Hooker, *Adat Law in Modern Indonesia*, Oxford Univ. Press, Kuala Lumpur, 1978; Robert Cribb, *The Late Colonial State in Indonesia: Political and Economic Foundations of the Netherlands Indies, 1880-1942*, KTLV Press, Leiden, 1994; Sya'ban Muhammad, *Islam in Indonesian Politics*, Ajanta, New Delhi,1999; John r. Bowen, *Islam, Law and Equality in Indonesia*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2003; Tim Lindsey, *Indonesia: Law and Society (2ed.)*, The Federation Press, Sydney, 2008.

[32] Cfr. Robert W. Hefner, *Civil Islam: Muslims and Democratization in Indonesia*, Princeton Univ. Press, Princeton, 2000; Arskal Salim, Azyumardi Azra, *Shari'a and Politics in Modern Indonesia,* ISEAS Publications, Singapore, 2003; Giora Eliraz, *Islam in Indonesia: Modernism, Radicalism, and the Middle East Dimension*, Sussex Academic Press, Brighton, 2004; Azyumardi Azra, *Political Islam in post-Suharto Indonesia*, in Virginia Hooker, Amin Saikal (eds.)*, Islamic Perspectives on the New Millennium*, ISEAS Publications, Singapore, 2004; Greg Fealy, *Islamisation and Politics in Southeast Asia: the Contrasting Cases of Malaysia and Indonesia*, in Nelly Lahoud, Anthony H. Johns, *Islam in World Politics*, Routledge, Oxford, 2005, p. 152 ss.

[33] La traduzione italiana è pubblicata in *Oriente moderno*, 1960, p. 552 ss.

[34] Sul significato e la portata della *Pancasila* si rimanda in generale a David Bourchier, *Pancasila*, in *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, 1 ed., Oxford Univ. Press, Oxford, 2009; Iain McLean, Alistair McMillan, *Pancasila*, in *The Concise Oxford Dictionary of Politics*, 3 ed., Oxford Univ. Press Oxford, 2009; Benyamin Fleming Intan, *"Public Religion" and the Pancasila-based State of Indonesia: an Ethical and Sociological Analysis*, Peter Lang Publ., New York, 2006.

di attribuire, in quella cruciale fase storica, una specifica caratterizzazione islamica al nascente Stato, si era confrontata con la prioritaria necessità di affermare un'idea di Stato unitario che doveva farsi garante, malgrado la presenza di un Islam numericamente prevalente, anche dei diversi gruppi etnici, presenti nel paese ed appartenenti a confessioni religiose minoritarie. Ciò sta storicamente e politicamente alla base della proclamazione degli ideali della *Pancasila* che, per un verso, dal punto di vista religioso, hanno garantito l'ancoramento dello Stato alla professione della fede in un unico Dio e dall'altro, dal punto di vista ideologico, hanno attribuito alla salvaguardia dell'unità del paese una sorta di primazia, in omaggio, evidentemente, anche ad una specifica esigenza di controllo e compressione delle spinte centrifughe. Che poi il tentativo di marginalizzare la *Syariah* – e il ruolo che essa solitamente svolge nell'ambito degli ordinamenti dei paesi islamici[35] – si sia confrontato continuamente con una tendenza opposta, che si ripresenta ciclicamente, è fenomeno che ha interessato e interessa anche l'Indonesia e, più in particolare, alcune aree del paese[36]; tale fenomeno è connesso con quella identità islamica che resta comunque un dato oggettivamente presente e col quale il legislatore si è costantemente confrontato[37].

---

[35] Cfr. Francesco Castro, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007; Jan Michiel Otto (ed.), *Sharia Incorporated. A Comparative Overview of the Legal System of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden Univ. Press, Leiden, 2010; Wael Hallaq, *Shary 'a. Theory, Practice, Transformations*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2010; Baudouin Dupret, *La Charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, La Découverte, Paris, 2012.

[36] Sotto questo profilo gli avvenimenti che hanno interessato in particolare la provincia di Aceh paiono emblematici. Storicamente infatti le rivendicazioni autonomistiche, che hanno da sempre caratterizzato i rapporti di Aceh con il governo centrale, sono state concepite come funzionali all'affermazione, sul piano culturale ma soprattutto legislativo, della forte identità islamica dell'area. Ciò che emerge ad un'analisi dell'evoluzione del processo che ha condotto a fare della regione di Aceh una sorta di "roccaforte" dell'identità islamica in Indonesia è certamente il fatto che nel rapporto con il governo centrale si è imposta da sempre una dinamica di contrasto tra le istanze volte a tutelare la forte componente culturale e religiosa della regione e quelle dirette ad imporre invece in maniera uniforme gli ideali di unità del paese riassunti nella *Pancasila*. Ma, mentre fino agli inizi degli anni '90, il contrasto politico, centrato sulle pretese indipendentiste, aveva relegato in secondo piano la questione relativa al ruolo della *Syariah* e del processo di "islamizzazione" della regione di Aceh, a partire dal 1999 si è assistito ad un fenomeno di sempre maggiore rafforzamento del ruolo attribuito alla *Syariah*, tramite l'adozione di una serie di provvedimenti – *perda e qanun* – con i quali è prevista l'applicazione delle norme islamiche a tutta una serie di settori: dalle questioni religiose, incluse la manifestazione del credo e l'insegnamento religioso islamico, alle relazioni sociali, con particolare riferimento ai rapporti uomo-donna, fino ad arrivare alla materia penale, attraverso una parziale reintroduzione della legge penale islamica per alcune fattispecie di reato. Cfr. Edward Aspinall, *Modernity, History and Ethnicity*, in Damien Kingsbury, Harry Aveling (eds.), *Autonomy and Disintegration in Indonesia*, Routledge, New York, 2003, p. 136 ss.; Rizal Sukma, *Aceh in Post-Suharto Indonesia*, *ivi*, p. 148 ss.

[37] Va tuttavia ricordato che l'impossibilità di ignorare del tutto quella specificità islamica – che da un punto di vista normativo si traduce nell'adozione di scelte legislative idonee a rendere l'ordinamento

Si è detto sopra che ai sensi di quanto prevede la Carta costituzionale, l'Indonesia non può definirsi uno Stato laico e sotto questo profilo è l'art. 29, c. 1 che rileva in quanto stabilisce che "The State is based upon the belief in the One, Supreme God". È sempre l'articolo 29, al c. 2 che oltre ad assumere un valore fondante, perché áncora il fondamento ideologico dello Stato alla professione di fede, attribuisce allo Stato l'obbligo di garantire a ciascun individuo il diritto di professare liberamente il proprio credo. In un contesto non laico infatti lo stesso diritto alla libertà di religione non è riconosciuto in termini generici ma nei termini, innanzitutto, della libertà di manifestare l'appartenenza religiosa tramite la professione del culto: "The State guarantees all persons the freedom of worship, each according to his/her own religion or belief" (art. 29, c. 2). È poi più specificamente l'art. 28 – alla lettera E ed I – che disciplina nello specifico la materia del diritto alla libertà di religione[38]; sempre l'art. 28, lettera J, affronta un altro importante

interno permeabile rispetto al dettato della norma sciaraitica – sta alla base dell'adozione di provvedimenti legislativi in alcuni settori sensibili, quali il diritto di famiglia o quello relativo alla creazione di tribunali dotati di competenze particolari, come nel caso delle corti sciaraitiche. Rilevano a questo proposito, l'adozione, all'indomani dell'indipendenza nel 1946, del *Muslim Marriage and Divorce Regulation Law* – cui fece seguito la legge di riforma, il *Marriage Law*, promulgata anni più tardi, nel 1974 – così come l'adozione, nel 1970, della cosiddetta *Basic Law on Judicial Power*. Quest'ultimo provvedimento aveva introdotto un sistema di giurisdizioni speciali che in realtà ricalcava quello voluto dai colonizzatori olandesi ed appariva imperniato sulla coesistenza di tribunali dotati di una giurisdizione di carattere generale e di tribunali con giurisdizione in materie particolari, segnatamente in materia religiosa, penale e amministrativa. Successivamente la normativa ha subito degli emendamenti, apportati tramite innanzitutto la *Basic Law on Religious Justice* (L. n. 7/1989) e la L. n. 4/2004. Ai provvedimenti citati si è poi aggiunto un ulteriore intervento del legislatore che ha assunto, sul piano della definizione del rapporto tra *Syariah* e ordinamento interno, un ruolo assai significativo: si intende fare riferimento alla *Compilation of Islamic Law* del 1991 *(Kompilasi Hukuk Islam)*, destinata a costituire un fondamentale supporto per il giudice nell'ambito della sua attività giurisprudenziale. Come è stato rilevato a questo proposito: "The *Kompilasi Hukuk Islam* (Compilation of Islamic Law, 1991) is certainly the most important document on *Syariah* promulgated in modern Indonesia. The idea of enacting a "Muslim Code" or an "Islamic Code" is not new. It has been discussed, to my knowledge, for the half-past century and in earlier years" (così Barry Hooker, *Indonesian Islam. Social Change Through Contemporary Fatawa*, Crows Nest, Asian Studies Association of Australia in association with Allen & Unwin, 2003, p. 22). Sulla modernizzazione dell'ordinamento indonesiano si rimanda, in generale, a June S. Katz, Ronald S. Katz, *The New Indonesian Marriage Law: A Mirror of Indonesia's Political, Cultural and Legal Systems*, in *American Journal of Comparative Law*, 1975, p. 653 ss.; Wila Chandrawila Supriadi, *Indonesian Marriage Law*, in Andrew Bainham (ed.), *The International Survey of Family Law*, Kluwer, The Hague, 1997, p. 279 ss.; John R. Bowen, *You May not Give it Always: How Social Norms Shape Islamic Law in Contemporary Indonesian Jurisprudence*, in *Islamic Law and Society*, 1998, p. 342 ss.; Sebastian Pompe, *Islamic Law in Indonesia*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 1998, p. 180 ss.; Abdullahi Ahmed An - Na'im (ed.), *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*, Zed Books, London, 2002, p. 263 ss.; Euis Nurlaelawati, *Modernisation, Tradition and Identity: The Kompilasi Hukuk Islam and Legal Practice in the Indonesian Religious Courts*, Amsterdam Univ. Press, Amsterdam, 2010.

[38] Art. 28E, par. 2: "Every person shall have the right to the freedom to believe his/her faith

aspetto che è quello dei limiti che possono essere apposti al diritto alla libertà di religione. La norma in esame individua tali limiti in primo luogo nella necessità di rispettare i diritti altrui nell'ottica di garantire "the orderly life of the community, nation and state". È altresì precisato che tali restrizioni debbono essere previste per legge – in conformità dunque a quanto previsto dalle norme internazionali – e che sono giustificate da motivi di ordine morale, religioso ("religious values"), sicurezza ed ordine pubblico[39].

Dalla lettura delle norme citate emergono alcuni dati di rilievo: il primo è evidentemente quello del riconoscimento del diritto alla libertà di religione inteso quest'ultimo come diritto di scegliere liberamente il credo e di professarlo. Il secondo dato rilevante è quello per cui il diritto alla libertà di religione, in conformità a quanto previsto dalle norme internazionali corrispondenti – in particolare l'art. 4 del Patto sui diritti civili e politici – è incluso nel novero dei c.d. diritti inderogabili[40]. Il terzo ed ultimo dato è quello relativo alle limitazioni che possono essere apposte all'esercizio di tale diritto, concepite nell'ottica di salvaguardare superiori esigenze connesse con la tutela di valori religiosi e di ordine pubblico.

La questione del riconoscimento del diritto alla libertà di religione è disciplinata altresì dalla legge n. 39/1999 dedicata in generale ai diritti umani ma che contiene alcune disposizioni relative in particolare al diritto alla libertà di religione[41]. Rileva innanzitutto l'art. 4 che annovera il diritto alla libertà di religione tra i diritti inderogabili[42], ma è più in particolare l'art. 22, che stabilisce nel dettaglio in quali termini tale diritto è riconosciuto. Il diritto alla libertà di religione è concepito come diritto di scegliere libera-

(*kepercayaan*), and to express his/her views and thoughts, in accordance with his/her conscience". Art. 28I: "The rights to life, freedom from torture, freedom of thought and conscience, freedom of religion, freedom from enslavement, recognition as a person before the law, and the right not to be tried under a law with retrospective effect are all human rights that cannot be limited under any circumstances".

[39] Art. 28J: "In exercising his/her rights and freedoms, every person shall have the duty to accept the restrictions established by law for the sole purposes of guaranteeing the recognition and respect of the rights and freedoms of others and of satisfying just demands based upon considerations of morality, religious values, security and public order in a democratic society".

[40] Cfr. nota n. 14.

[41] Cfr. Law on Human Rights 39/1999 consultabile su http://hrli.alrc.net/mainfile.php/indonleg/133/.

[42] Law on Human Rights 39/1999, Art. 4: "The right to life, the right to not to be tortured, the right to freedom of the individual, to freedom of thought and conscience, the right not to be enslaved, the right to be acknowledged as an individual before the law, and the right not to be prosecuted retroactively under the law are human rights that cannot be diminished under any circumstances whatsoever".

mente il proprio credo e manifestarlo per mezzo della professione di fede[43]. L'esercizio di tale diritto è comunque sottoposto alle limitazioni individuate dall'art. 70: la norma, ricalcando il dettato dell'art. 28J della Costituzione afferma che nell'esercizio del diritto alla libertà di religione ciascun individuo è chiamato ad osservare i limiti indicati dalla legge al fine di tutelare i diritti e le libertà altrui, nell'interesse della giustizia e tenuto debitamente conto delle esigenze della morale, della sicurezza e dell'ordine pubblico in una società democratica.

Prima facie può dunque rilevarsi come il dettato delle norme appaia conforme a quello delle norme internazionali di contenuto corrispondente. Alcune considerazioni paiono tuttavia opportune. Innanzitutto dal punto di vista dell'impostazione generale, il mancato riferimento, sia nella Costituzione, sia nella L. 39/1999 alla religione islamica – sebbene questa sia la religione professata dalla maggioranza – e ancor più al ruolo della *Syariah* nel sistema delle fonti, assume una rilevanza prioritaria: non solo infatti il diritto alla libertà di religione è riconosciuto al di là del credo specificamente professato, ma più in particolare il mancato riferimento alla *Syariah* assume un preciso significato perché la stessa non rappresenta, rispetto al contenuto dei diritti attribuiti all'individuo, un sostanziale parametro di riferimento, né assurge a strumento interpretativo delle norme che attribuiscono all'individuo quegli stessi diritti.

Vi è poi un altro elemento su cui conviene soffermare l'attenzione ed è quello connesso con i limiti all'esercizio del diritto alla libertà di religione. L'art. 28J della Costituzione annovera la tutela dei valori religiosi fra le motivazioni che giustificano l'eventuale apposizione di limiti all'esercizio della libertà di religione. Da questo punto di vista è evidente la differenza rispetto al dettato della norma internazionale corrispondente e cioè l'art. 18 del Patto sui diritti civili e politici. La possibilità che di tale inciso possa infatti darsi un'interpretazione ampia ed estensiva è tutt'altro che remota; si può fin d'ora rilevare come proprio la tutela dei valori religiosi sia alla base dell'adozione di una serie di provvedimenti, sia legislativi che regolamentari, adottati in Indonesia in materia di libertà di religione, che hanno diversamente condotto al risultato di restringere in maniera significativa l'esercizio di tale diritto determinando altresì l'effetto di creare discriminazioni nei confronti di alcuni gruppi religiosi minoritari sia interni alla stessa religione islamica, sia appartenenti ad altre confessioni religiose.

---

[43] Law on Human Rights 39/1999, Art. 22: "Everyone has the right to freedom to choose his religion and to worship according to the teachings of his religion and beliefs. The State guarantees everyone the freedom to choose and practice his religion and to worship according to his religion and beliefs".

4. *La libertà di religione in Indonesia e le limitazioni al suo esercizio: la Blasphemy Law*

Si è già avuto modo di considerare come la questione dei limiti che possono essere apposti all'esercizio della libertà di religione assuma una specifica rilevanza[44]: argomentare sui limiti significa infatti affrontare il tema delle modalità attraverso le quali è consentito professare e praticare il culto, modalità che possono risultare lecite o illecite, sulla base di ciò che il legislatore interno ha previsto in proposito.

In Indonesia il dibattito sulla libertà di religione appare fortemente centrato proprio sulla questione delle limitazioni apposte all'esercizio di tale diritto: tali limitazioni trovano origine in particolare nel Presidential Decree n.1/PNPS/1965 (successivamente convertito in Legge no. 5/1969)[45], "on the Prevention and Misuse and/or Tainting of Religion", meglio conosciuto come *Blasphemy Law* ed in alcune norme del codice penale del 1946, in particolare l'articolo 156a[46].

Da tempo l'attenzione delle organizzazioni non governative sia locali che straniere impegnate sul fronte della tutela dei diritti umani – e, a seguito della ratifica da parte dell'Indonesia del Patto sui diritti civili e politici, anche degli organismi di internazionali di controllo – si è focalizzata sul problema dell'impatto che l'applicazione di tali norme produce sia sul piano del riconoscimento di tale diritto in Indonesia, sia sul piano del dialogo religioso e della pacifica convivenza tra comunità religiose.

L'esercizio della libertà di religione è innanzitutto disciplinato dall'art. 1 della *Blasphemy Law,* che individua e definisce le condotte perseguibili. Il legislatore infatti pare interessato a mettere al bando i comportamenti, tenuti in pubblico, che consistano nel fornire, diffondere e supportare reinterpretazioni di un credo riconosciuto come ufficiale, ovvero nel diffondere insegnamenti e svolgere attività connesse con la professione del credo, che risultano essere "in deviation from the principle teachings of that particular religion"[47]. Sul piano procedurale, l'art. 2 della legge prevede che laddove la norma di cui all'art. 1 sia violata, il Ministro dell'interno, d'intesa con il

---

[44] Cfr. *supra*, p. 344 ss.

[45] Cfr. State Gazette of the Republic of Indonesia No. 3/1965, Addendum to the State Gazette of the Republic of Indonesia No. 2726.

[46] Cfr. Penal Code of Indonesia, consultabile su http://www.humanrights.asia/countries/indonesia/laws/legislation/PenalCode.pdf.

[47] Law No. 1/PNPS/1965, Art. 1: "Every person is prohibited from intentionally, in public, telling, suggesting or generating public supports to reinterpret an adhered religion in Indonesia or to conduct religious activities that are in deviation from the principle teachings of that particular religion".

Ministro per gli affari religiosi e con l'*Attorney General* adotti un decreto con cui ai diretti interessati è trasmesso un "imperative order and warning" col quale si intima che venga posta fine alle condotte ritenute contrarie al disposto della legge[48]. È evidente che nel definire la contrarietà della condotta al precetto normativo diventa centrale proprio il concetto di "devianza" rispetto al credo ufficiale. È ancora l'art. 2 che disciplina le ipotesi in cui la violazione non può essere ascritta al singolo bensì ad un gruppo ovvero ad una "setta". In tale ipotesi, alla procedura descritta sopra, va ad aggiungersi quella che prevede l'intervento del Presidente della Repubblica – su sollecitazione congiunta del Ministero per gli affari religiosi, dell'*Attorney General* e del Ministero per gli Interni – cui è attribuita la competenza ad adottare i provvedimenti necessari a mettere eventualmente al bando i gruppi o le sette considerate responsabili dei comportamenti vietati dalla legge in questione.

Sotto il profilo sanzionatorio, l'elemento che rileva è l'introduzione, disposta dall'art. 4 della *Blasphemy Law*[49], di un nuovo articolo nel codice penale, l'art. 156a: per garantire il rafforzamento del dettato normativo previsto dalla legge, o meglio ancora per rendere quest'ultimo applicabile, si era reso infatti necessario introdurre un emendamento al codice penale, volto non solo a definire la specifica fattispecie di reato, ma al contempo la pena applicabile, cioè quella della reclusione fino a un massimo di 5 anni. Non pare peraltro casuale nemmeno il fatto che la norma destinata a definire il reato di "blasfemia" sia stata introdotta nel codice penale fra le norme del cap. V – più specificamente tra l'art. 156 e l'art. 157 – dedicate all'incitamento all'odio razziale e religioso.

È noto peraltro che per quanto la *Blasphemy Law*, così come del resto la Costituzione, contengano un espresso riferimento al credo in un unico Dio ovvero alle religioni professate in Indonesia, dal dettato delle norme non si evince quali siano le confessioni religiose cui è conferito il crisma della "ufficialità". Il dato si ricava invece dal Commentario alla *Blasphemy Law* che attribuisce tale requisito alle sei principali religioni professate nel paese, segnatamente all'Islam, al Cattolicesimo, al Protestantesimo, al Buddismo, all'Induismo e al Confucianesimo. Ciò è stato confermato anche di

---

[48] Law No. 1/PNPS/1965, Art. 2, par. 1.

[49] L'art. 4 stabilisce: "There is a new article in the Penal Code stipulating as follows: Article 156a. By a maximum imprisonment of five years shall be punished any person who deliberately in public, gives expression to feelings or commits an act; a) Which principally have the character of being at enmity with abusing or blaspheming a religion, adhered to in Indonesia; b) With the intention to prevent a person to adhere to any religion based on the belief of the almighty God".

recente, per effetto dell'emanazione della legge n.23/2006 – il *Civil Registration Bill* – che prevede che fra i dati registrati sui documenti ufficiali di riconoscimento, rilasciati ai cittadini indonesiani, figuri anche quello relativo all'appartenenza religiosa[50]. Il dettato della norma rileva anche sotto un altro profilo: il fatto che la stessa riconosca a coloro che non appartengono a nessuna delle religioni ufficiali, il diritto di omettere il riferimento, lasciando in bianco lo spazio apposito nel documento, dimostra che la norma, lungi dall'essere stata concepita in favore di coloro che scelgano di non dichiarare a quale credo appartengono, è idonea – così come è stato rilevato dal Comitato istituito dalla Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale – a dare luogo a discriminazioni, in palese contrasto con quanto previsto dalle norme internazionali ed in particolare dall'art. 18 del Patto sui diritti civili e politici[51]. Come si è già avuto modo di considerare[52], proprio l'articolo 18 tutela, data la sua accezione ampia, non solo il diritto a professare liberamente il proprio credo, ma anche le manifestazioni del pensiero aconfessionale, in altri termini, dell'ateismo. Ma, nonostante l'interpretazione della norma debba essere assicurata in senso ampio, in conformità alle indicazioni offerte dai diversi organi più volte richiamati – dai Relatori Speciali delle Nazioni Unite, al Consiglio dei diritti umani – resta il fatto che la legislazione indonesiana non sembra certamente indicare l'ateismo fra le pratiche ammesse.

Al di là del dato normativo, merita evidenziare come nonostante l'adozione della *Blasphemy Law* sia piuttosto risalente, soltanto a partire dal 1998, e dunque dalla fine del regime di Suharto, si sia registrata la tendenza ad un sempre più frequente ricorso alle norme in essa contenute. La prassi giudiziale testimonia infatti di un notevole incremento dell'adozione di sentenze di condanna a carico di individui accusati di aver tenuto comportamenti, aver organizzato attività o avere espresso opinioni in materia religiosa, non

---

[50] Cfr. Law No. 23/2006 concerning the Administration of Population Affairs, Art. 64(1). Sul punto si rimanda a Syamsul Arifin, *Attitudes to Human Rights and Freedom of Religion or Belief in Indonesia*, Kanisius, Yogyakarta, 2010, p. 32.

[51] Cfr. CERD/C/IDN/CO/3, 15.8.2007, par. 21. Il Comitato, facendo ancora una volta riferimento alle religioni cui l'ordinamento indonesiano conferisce il carattere dell'ufficialità, afferma di essere "concerned at the adverse impact of such a distinction on the rights to freedom of thought, conscience and religion of persons belonging to ethnic groups and indigenous peoples. It notes with particular concern that under Law No. 23 of 2006 on Civic Administration, individuals are required to mention their faith on legal documents such as identity cards and birth certificates, and that those wishing either to leave the column blank or to register under one of the "non-recognized" religions reportedly face discrimination and harassment".

[52] Cfr. *supra*, p. 340 ss.

conformi alla "religione ufficiale"[53]. Occorre inoltre sottolineare che per quanto la finalità delle norme contenute nella *Blasphemy Law* sia quella di perseguire comportamenti che possano, a vario titolo, essere ritenuti "deviant", rispetto al credo religioso "ufficiale", se si guarda alla tipologia dei destinatari dei provvedimenti adottati, se ne deduce che l'esigenza dominante sembra essere stata principalmente quella di colpire, in particolare, coloro che sono stati ritenuti responsabili di comportamenti non in linea con i dettami della religione islamica e, più specificamente dell'Islam sunnita[54]. L'ulteriore dato che, per converso è stato costantemente registrato da numerose organizzazioni non governative, impegnate sul fronte della difesa dei diritti umani, è quello di un atteggiamento delle autorità indonesiane non particolarmente severo e repressivo nei confronti di individui e gruppi coinvolti sia in episodi di violenza indirizzati contro coloro che a vario titolo sono stati accusati di blasfemia, sia in attacchi contro edifici e luoghi di culto, nonché contro gli appartenenti a gruppi religiosi minoritari[55].

5. Il problema della revisione della Blasphemy Law nella sentenza emanata nel 2010 dalla Corte costituzionale indonesiana

Il 19 aprile 2010 la Corte costituzionale indonesiana ha emanato la sentenza con la quale è stato rigettato il ricorso, presentato da alcune organiz-

---

[53] Così Melissa Crouch, *The Indonesian Blasphemy Case: Affirming the Legality of the Blasphemy Law*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2012, p. 515; più in particolare, per quanto concerne la casistica relative alle condanne inflitte a carico di circa 120 persone a partire dal 1998 ad oggi, cfr. Id., *Law and Religion in Indonesia: The Constitutional Court and the Blasphemy Law*, in *Asian Journal of Comparative Law*, 2012, p. 34 ss.

[54] Cfr. Human Rights Watch, *In Religion's Name. Abuses Against Religious Minorities in Indonesia. February, 2013*, consultabile su http://www.hrw.org/reports/2013/02/28/religion-s-name. Cfr. altresì *Human Rights Council. Special Procedures of the Human Rights Council*, Doc. IDN 13/2012; United States Commission on International Religious Freedom, *Annual Report 2013. Indonesia*, consultabile su http://www.refworld.org/docid/51826eec18.html.

[55] Cfr., da ultimo, Human Rights Watch, *In Religion's Name*, cit.; Amnesty International, *Rapporto annuale 2012*, consultabile su http://rapportoannuale.amnesty.it/sites/default/files/Indonesia_0.pdf; Asian Legal Resource Centre, Indonesia, *Attacks on religious minorities remain largely unchallenged by justice institutions. A written statement submitted by the Asian Legal Resource Centre (ALRC), a Non-Governmental Organisation with general consultative status. Human Rights Council, Nineteenth session, Agenda Item 3, interactive dialogue with the Special Rapporter on Freedom of Religion or Belief*, consultabile su http://www.alrc.net/doc/mainfile.php/hrc19/701. Una denuncia in questo senso compare anche in un recente editoriale pubblicato sul *Jakarta Post*, dal titolo *State-Sponsored Tyranny*, reperibile su http://www.thejakartapost.com/news/2013/04/12/editorial-state-sponsored-tyranny.html.

zazioni rappresentative di religioni minoritarie[56], nonché da un gruppo di organizzazioni non governative, volto ad ottenere la pronuncia di incostituzionalità della *Blasphemy Law* per contrasto con alcune norme costituzionali, in particolare con gli articoli gli articoli 28 e 29 in materia di libertà di religione[57]. La sentenza ha avuto un'eco considerevole perché ha confermato la validità di una legge il cui contenuto è oggetto, da tempo, di critiche severe, non solo sul piano interno ma altresì su quello internazionale; in secondo luogo, la sentenza ha avuto l'effetto di frustrare le aspettative di coloro che auspicavano un intervento del giudice costituzionale nella direzione del rinnovamento, che è quanto dire dell'affermazione di un principio di libertà di religione inteso in senso ampio, idoneo a favorire il dialogo interreligioso e a porre un freno alla violenza e all'intolleranza.

Merita soffermarsi su alcuni passaggi della sentenza che bene illustrano la posizione della Corte rispetto al problema della libertà di religione. Per i ricorrenti il problema basilare era rappresentato dal fatto che fosse necessario rivedere l'impianto di una legge che, adottata in un momento storico particolare, caratterizzato dalla necessità di garantire l'unità nazionale all'indomani dell'indipendenza, non era più considerata idonea a rispecchiare l'attuale assetto sociale, religioso e politico. In secondo luogo si sosteneva che l'applicazione delle norme aveva dato e continuava a dare origine a discriminazioni a danno sia degli appartenenti alle religioni non rientranti nel novero di quelle considerate "ufficiali" sia degli appartenenti a gruppi religiosi minoritari. Infine si è posta la questione relativa alla compatibilità dei limiti posti all'esercizio della libertà di religione, specie per quel che concerne la manifestazione del pensiero religioso con il pieno esercizio del diritto alla libertà di religione.

La Corte ha ritenuto di dover prendere le mosse dal ruolo che la Costituzione svolge per garantire i diritti fondamentali in maniera uniforme: ad avviso della Corte, proprio la Costituzione, in quanto atto fondamentale, che afferma i principi posti a cardine dello Stato, cioè la *Pancasila* e il credo in un unico Dio, attribuisce centralità alla religione e conferisce al contempo, all'Indonesia la precipua caratteristica di Stato non laico. Dato tale contesto, ne deriva che alcuni basilari concetti quali quelli di stato di diritto e di libertà di religione devono essere letti alla luce dei principi enunciati

[56] Più in particolare: la Communion of Churches in Indonesia (PGI), la Bishops' Conference of Indonesia (KWI); la Association of Traditional Believers (HPK) e il Coordinating Board for Organizations of those who have Belief in the One Supreme God (BKOK).

[57] Decision No. 140/PUU-VII/2009.

nella Costituzione e che stanno a fondamento della *Pancasila*[58]. È ancora alla luce di quei medesimi principi informatori che devono essere interpretate le norme interne, prima fra tutte la *Blasphemy Law*[59]; nell'opinione della Corte, infatti, qualsiasi attività o comportamento che possa "shun citizens away from *Pancasila* non potrà essere permesso[60]. Nel contesto così delineato si inquadra anche la libertà del singolo o del gruppo, con la conseguenza che tale libertà – intesa evidentemente in senso ampio – non potrà essere ammessa né garantita, tutte le volte in cui si dimostrerà idonea "to undermine the spiritual level of the society that has been inherited as the values that constitute various laws and regulations in Indonesia"[61].

È sul concetto di limite che poi il dispositivo della sentenza si sofferma. Con riferimento alla natura e alla *ratio* che giustifica i limiti apposti all'esercizio del diritto, si afferma che in considerazione della natura intrinseca della libertà di religione – "From a human rights point of view, religious freedom granted for every person is not a value-free freedom and a freedom *an sich*, but a freedom with social responsibilities to realize human rights to every individual"[62] – lo Stato assolve al compito "to ensure that an implementation of one's religious freedom will not harm other's religious freedom (…)[63]". Nel contesto dello Stato indonesiano nel quale la presenza di una componente multireligiosa e multietnica impone a coloro che governano, il compito di garantire un'adeguata tutela a tutti i gruppi etnici presenti nel paese, anche la previsione da parte del legislatore di eventuali limiti all'esercizio di determinati diritti può essere concepita proprio nell'ottica di garantire tale protezione. La Corte ha affermato a questo proposito che "Limitation shall not always be interpreted as discrimination. If a limitation is aimed at protecting other people's rights and applied in the orderly life of the community, nation and state [Article 28J paragraph (1) of the 1945

---

[58] Decision No. 140/PUU-VII/2009 par. 3.34.10: "It must be understood that Indonesia's rule-of-law principle does not necessarily have to be the same as the rule-of-law principles under *rechtstaat* or (international principle of) rule of law. The rule-of-law principle upheld by Indonesia needs to be viewed from the perspective of the 1945 Constitution, which is that of a law-based state that enshrines the principle of belief in one God as its main principle".

[59] Si legge infatti che: "Provisions on religious blasphemy shall not be perceived merely from the legal aspects, but also from their philosophical aspects that enshrine religious freedom into the Indonesian perspective, therefore, diversity practice in Indonesia is different to the diversity practice in other countries, which cannot be compared against Indonesia". *Ivi*, par. 3.34.6.

[60] Decision No. 140/PUU-VII/2009 par. 3.34.5.

[61] *Ibidem*.

[62] *Ivi*, par. 3.34.18

[63] *Ivi*, par. 3.34.19.

Constitution], it is shall be regarded as a protection of other people's human rights as well a basic obligation for others"[64].

La Corte da dunque prova di una evidente tendenza a "relativizzare" alcuni basilari concetti – dal contenuto del diritto alla libertà di religione, ai principi posti a fondamento dello stato di diritto – in nome della primazia attribuita al carattere unitario dello Stato indonesiano e al valore unificante dei principi della *Pancasila*. Anche le ragioni addotte a giustificazione della persistente validità dei principi che sottendono l'impianto della *Blasphemy Law* sollevano non poche perplessità. La Corte pone l'accento sul fatto che la *Blasphemy Law* assolve innanzitutto ad un fine primario in quanto "provides protection and guarantee of legal certainty for every person and religion follower in exercising his/her constitutional rights in compliance with th*e Pancasila* and the 1945 Constitution"; in virtù dello specifico ruolo attribuito alla legge in esame, la Corte rileva altresì il fatto che un'eventuale abrogazione per incostituzionalità "will result in the absence of general guarantee of protection which raises the concern about vigilant actions because law enforcement apparatus will forfeit their legal basis or ground or legal guidance to prevent religious misuse and/or blasphemy"[65].

Le argomentazioni della Corte paiono discutibili: al di là della circostanza che la valutazione in merito alla incostituzionalità delle norme non sembra possa essere fatta adducendo il problema degli effetti che l'eventuale abrogazione delle stesse provocherebbe, perché trattasi di due questioni diverse, ci sembra che il problema vero risieda nel fatto che è innanzitutto il concetto di blasfemia che andrebbe rivisitato alla luce della sua (in)compatibilità con il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero e del credo e con il diritto a non essere discriminati sulla base della religione[66].

La preoccupazione della Corte sembra invece essere quella – sulla base dell'assunto che la *Blasphemy Law* assolverebbe il compito di garantire la

---

[64] *Ivi*, par. 3.34.24

[65] *Ivi*, par. 3.41.

[66] Come si legge nel testo della *Joint Declaration on Defamation of Religions, and Anti-Terrorism, and Anti-Extremist Legislation*, adottata il 10 dicembre 2008 dal Relatore speciale delle Nazioni Unite sulla libertà di opinione ed espressione, dai rappresentanti dell'OSCE sulla libertà dei media, dal Relatore speciale dell'Organizzazione degli Stati americani sulla libertà di espressione e dal Relatore speciale sulla libertà di espressione della Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, "the concept of defamation of religions does not accord with international standards regarding defamation, which refer to the protection of reputation of individuals, while religions, like all beliefs, cannot be said to have a reputation of their own. Restrictions on freedom of expression should be limited in scope to the protection of overriding individual rights and social interests, and should never be used to protect particular institutions, or abstract notions, concepts or beliefs, including religious ones".

pace sociale e la tutela dell'ordine pubblico – di evitare un vuoto normativo che "will result in horizontal conflicts, anarchism and religious misuse in the society"[67].

L'argomento poi cui fa ricorso la Corte e che peraltro pare ineccepibile – cioè quello basato sulla distinzione tra libertà di scegliere e professare un credo che, in quanto attinente al cosiddetto *foro interno* non può essere oggetto di alcuna forma di compressione e libertà di manifestare il proprio credo in pubblico in varie forme, che invece, in quanto attinente al *foro esterno*, può essere oggetto di limitazioni – non pare in realtà essere utilizzato in maniera del tutto "neutrale"[68]. Se per un verso infatti la Corte ribadisce il concetto per cui l'Indonesia "is a State that upholds the concept of non-separation of State and religion"[69], per l'altro afferma che lo Stato "is not autonomous in determining principle teachings of a religion, it instead determines it on the basis of agreement among internal parties of the related religion"[70].

L'affermazione pare di particolare rilievo proprio perché se ne deduce che non le autorità statali, ma quelle religiose sono chiamate a definire il limite che separa il comportamento lecito da quello illecito. È invece evidente che dalla individuazione chiara degli elementi che servono a distinguere la libera (e critica) manifestazione del pensiero, anche in tema di religione, dall'atto offensivo o diffamatorio, dipende la possibilità che possa essere realmente garantito un diritto fondamentale. Proprio le autorità statali, espressione di quello Stato unitario cui fa richiamo la Costituzione indonesiana, dovrebbero infatti essere chiamate ad assicurare in maniera imparziale – e dunque al di là della visione che ciascuna autorità religiosa può far valere con riferimento a ciascuno specifico credo religioso – il pieno riconoscimento del diritto alla libertà di religione. Al contrario la Corte, evidenziando, in particolare per quel che attiene alla religione islamica, il ruolo degli *Ulema*[71] nel fornire indicazioni necessarie per poter qualificare

[67] Decision No. 140/PUU-VII/2009, par. 3.42, par. 3.43 e par. 3.48.

[68] *Ivi*, par. 3.51. In particolare si legge: "The Court considers that the Law on the Prevention of Religious Blasphemy does not limit one's belief (*forum internum*), but it only limits the expression of thoughts and stances in accordance to one's conscience, in public (*forum externum*) that in deviation from the principle teachings of recognized religions in Indonesia, express feelings or conduct actions that principally incite hostilities, religious misuse or blasphemy against a particular recognized religion in Indonesia".

[69] *Ivi*, par. 3.53.

[70] *Ibidem*.

[71] Il Consiglio degli *Ulema*, noto con l'acronimo MUI (*Majelis Ulama Indonesia*), malgrado abbia attualmente lo status di organizzazione non governativa, è un organo a nomina governativa, che fu istituito nel 1975 con la precipua funzione di fornire agli organi di governo un'attività di consulenza sulle più varie questioni attinenti la vita della comunità islamica. Di fatto, attraverso l'emanazione di

un comportamento come "deviant", afferma che "When someone interprets and practices something considered deviant by authorized *ulema*, and then intentionally tells it, suggests it, or raises public supports to implement the deviant interpretation and practice, it would clearly disturb religious harmony of the related religious community, and therefore could trigger reactions from the people, which in the end could trigger social chaos, because the related religious community would feel religiously blasphemed and insulted by the said deviant interpretation"[72]. In altri termini ciò significa ammettere che è al Consiglio degli *Ulema* che si attribuisce la competenza a decidere in merito alle modalità con le quali è ammessa la libera manifestazione del pensiero: il tenore di tale impostazione appare difficilmente conciliabile con l'approccio neutrale che sembra invece caratterizzare proprio quelle norme costituzionali che alla religione islamica non conferiscono apparentemente nessuna primazia.

Il rigetto dell'istanza di incostituzionalità da parte della Corte ha incontrato tuttavia la *dissenting opinion* del giudice Maria Farida Indrati[73]. Il giudice ha effettuato numerosi rilievi con riferimento al contenuto e al tenore delle disposizioni della *Blasphemy Law*: nella sua *dissenting opinion* ha posto in evidenza i limiti intrinseci di uno strumento legislativo che viene definito idoneo non solo a creare discriminazioni tra le varie confessioni religiose, ma anche a dare luogo ad abusi nella fase applicativa. La legge, ad avviso del giudice, per quanto valida da un punto di vista formale, "is a legal product of

---

fatawa, il MUI si è espresso, svolgendo non solo un ruolo di collegamento tra le autorità di governo e la comunità islamica, ma sempre di più il ruolo di guardiano del rispetto delle regole dell'ortodossia religiosa islamica e della morale pubblica. Tale tendenza è risultata più marcata dopo la fine del regime di Suharto, quando il MUI ha formalmente dichiarato la sua indipendenza dal governo ed ha mostrato di avere una forte capacità di impatto sulla comunità islamica e di mobilitazione della stessa, tanto da indurre non pochi osservatori ad affermare che il MUI avrebbe una diretta responsabilità nel fomentare ed istigare fenomeni di violenza su base religiosa. Il fatto poi che il MUI abbia, specie a partire dalla fine degli anni '90 in poi, optato per una politica di intervento nelle scelte politiche del legislatore in materia religiosa è dimostrato non solo dal contenuto della *fatwa* relativa all'*Ahmadiyya*, ma, più in generale, delle *fatawa* adottate in materia, per esempio, di matrimoni interreligiosi o di pornografia. Sul punto cfr. Piers Gillespie, *Current Issues in Indonesian Islam: Analysing the 2005 Council of Indonesian Ulama Fatwa No. 7 Opposing Pluralism, Liberalism and Secularism*, in *Journal of Islamic Studies*, 2007, p. 202 ss.; Tim Lindsey, *Monopolising Islam: The Indonesian Ulama Council and State Regulation of the Islamic Economy*, in *Bulletin of Indonesian Economic Studies*, 2012, p. 253 ss.; Mun'im Sirry, *Fatwas and Their Controversy: The Case of Council of Indonesian Ulama (MUI)*, in *Journal of Southeast Asian Studies*, 2012, p. 100 ss.; Moch Nur Ichwan, *Towards a Puritanical Moderate Islam: The Majelis Ulama Indonesia and the Politics of Religious Orthodoxy*, in Martin Van Bruinessen (ed.), *Contemporary Developments in Indonesian Islam. Explaining the Conservative "Turn"*, ISEAS Publ., Singapore, 2013, p. 60 ss.

[72] Decision No. 140/PUU-VII/2009, par. 3.55.

[73] *Ivi*, par. 6.2.

the past" e presenta, sotto il profilo sostanziale, "various weaknesses due to the fundamental amendments to the 1945 Constitution, particularly to the articles regarding human rights". Le garanzie in materia di diritto alla libertà di religione nell'ambito dell'ordinamento indonesiano hanno infatti, in virtù del disposto costituzionale, nonché della legge 39/1999 sui diritti umani e della legge n.12 del 2005, che contiene la ratifica del Patto sui diritti civili e politici, "a very strong basis"; ne deriva quale logica conseguenza che "The Republic of Indonesia has constitutional responsibility and obligation to guarantee the fulfilment of those rights, particularly the right to freedom of religion and belief". Al contrario, la *Blasphemy Law* presenta, ad avviso del giudice, evidenti profili di incostituzionalità per il contrasto con alcune norme della Costituzione, segnatamente l'art. 2E, l'art. 28I e l'art. 29, motivo per cui il medesimo ritiene che "the Petitioners' petitions should have been accepted".

6. *I limiti all'esercizio del diritto alla libertà di religione con riferimento alle minoranze: in particolare il caso dell'Ahmadiyya indonesiana*

Il problema dei limiti all'esercizio della libertà di religione assume una particolare rilevanza con riferimento alla circostanza che spesso le limitazioni sono finalizzate alla compressione della libertà di religione dei gruppi minoritari: anche sotto questo profilo il caso indonesiano appare significativo pur non rappresentando evidentemente un'eccezione nel più ampio contesto degli Stati in cui sono presenti minoranze religiose. Va peraltro rilevato sin d'ora che se per un verso è incontestabile che in un paese a maggioranza islamica come l'Indonesia, siano le altre religioni, *in primis* quella cristiana, a trovarsi, per definizione, in una condizione di minoranza – e pertanto maggiormente esposte al rischio di essere discriminate – per l'altro è vero che anche le minoranze presenti all'interno dell'Islam, in maggioranza sunnita, sono destinatarie di alcuni provvedimenti, adottati dal legislatore, che limitano fortemente la libertà di manifestazione del credo. Il caso dell'*Ahmadiyya*[74], considera-

[74] L'Ahmadiyya è un gruppo religioso di matrice islamica, sorto in India intorno alla metà del XIX secolo ad opera di Mirza Ghulam Ahmad. Il movimento è considerato "eretico" sia dall'Islam sunnita che da quello sciita, in ragione del fatto che il suo fondatore ha affermato il proprio ruolo di profeta, ruolo che invece l'Islam ritiene concluso con la missione profetica di Muhammad. Il movimento si pone come ispirato da ideali di tolleranza e di amore e, nel rifiuto della violenza e dell'odio, individua le basi per riformare il pensiero islamico. Malgrado la comunità islamica sia unanime nel disconoscere al fondatore un qualsiasi ruolo e nel considerarlo anzi come un apostata dell'Islam, il movimento si è considerevolmente diffuso soprattutto in Asia e Africa. Sul punto cfr. HOWARD WALTER, *The Ahmadīya Movement*, Oxford Univ. Press, London, 1918; SPENCER LAVAN, *The Ahmadiyan Movement. A History and Perspective*, Manohar, Delhi, 1974; WILFRED C. SMITH, "Ah-

ta dall'Islam ortodosso come un'eresia e dunque per questo perseguitata[75], pare, sotto questo profilo, emblematico. L'atteggiamento assunto dal legislatore indonesiano nei confronti dell'*Ahmadiyya*, che si è concretato, come si avrà modo di considerare a breve, nell'adozione di provvedimenti normativi concepiti al precipuo fine di porre al bando tutte le attività connesse con la pratica religiosa del gruppo, non appare isolato ed anzi si fonda su alcuni presupposti – l'esistenza di una legislazione sulla blasfemia ed il suo "utilizzo" strumentale rispetto al fine di cui si tratta – secondo un approccio comune anche ad altri ordinamenti[76]. Sotto questo profilo rileva l'adozione, nel 2008 da parte del Ministro per gli Affari religiosi, d'intesa con il Ministro degli Interni e con l'*Attorney General*, del *Joint Decree n.3/2008* con il quale è stata proibita, sotto qualsiasi forma, l'attività religiosa dell'*Ahmadiyya* indonesiana[77]. Merita ricordare, a questo proposito, che l'adozione del provvedimento era stata preceduta dalla promulgazione, nel 2005, da parte del Consiglio degli *Ulema*[78], di una *fatwa* con la quale l'*Ahmadiyya* era stata dichiarata una forma di apostasia ed era stata indirizzata al governo indonesiano una specifica richiesta perché adottasse provvedimenti idonei a bandirne le attività. La promulgazione della *fatwa* era stata preceduta da alcuni violenti attacchi perpetrati da gruppi islamisti radicali contro le sedi dell'*Ahmadiyya* a Bogor e da episodi di incitamento alla violenza religiosa da parte di alcuni *leader* islamici,

---

madiyya", in *The Encyclopaedia of Islam*, 2 ed., Vol. I, Brill, Leiden, 1986, pp. 301-303; Friedmann, Yohanan, *Prophecy Continuous: Aspects of Aḥmadī Religious Thought and Its Medieval Background*, University of California Press, Berkeley, 1989; Simon Ross Valentine, *Islam and the Ahmadiyya Jama'at. History, Belief, Practice*, Hurst, London, 2008; Friedmann, Yohanan, *Ahmadiyah*, in *The Oxford Encyclopedia of the Islamic World*, 1ed., Oxford Univ. Press, Oxford, 2009.

[75] I rapporti di alcune ONG sono particolarmente eloquenti. Cfr. Asian Legal Resource Centre/ Kontras, *Stakeholders Submission concerning the Universal Periodic Review of Indonesia, Submitted by the Asian Legal Resource Centre and Kontras, November 21, 2011*, cit. (*supra*, p. 348); Human Rights Watch, *In Religion's Name*, cit., spec. pp. 36-38; The Wahid Institute, *Regional Report on Religion Freedom*, consultabile su http://wahidinstitute.org/wahid-eng/report-and-publication/ regional-report.html; Amnesty International, Document-Indonesia: Four Ahmadiyya Places of Worship closed in a month, one more at imminent risk, 5 May 2013, consultabile su http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA21/012/2013/en/a2d5c84d-eb9e-4fad-8a64-48d9b5f65249/ asa210122013en.html; Halil et. al., *Leadership Without Initiative*, cit. (*supra,* nota 25).

[76] Cfr. Naddem Ahmad Siddiq, *Enforced Apostasy: Zaheruddin v. State and official Persecution of the Ahmadiyya Community in Pakistan*, in *Law and Inequality*, 1995, p. 275 ss.; Amjad Mahmood Khan, *The Persecution of the Ahmadiyya Community in Pakistan: An Analysis under International Law and International Relations*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2003, p. 217 ss.; Perry S. Smith, *Speak No Evil: Apostasy, Blasphemy and Heresy in Malaysian Syariah Law*, in *University of California-Davis Journal of International Law and Policy*, 2004, p. 357 ss.

[77] Cfr. *Joint Decree of the Minister of Religious Affairs, the Attorney General and Minister of the Interior of the Republic of Indonesia, No. 3/2008*. Il testo nella traduzione inglese è consultabile su http://www.thepersecution.org/world/indonesia/docs/skb.html.

[78] Cfr. Piers Gillespie, *op. cit.*, p. 202 ss.

in particolare appartenenti al *Islamic Defenders Front*. Va altresì evidenziato che al principio del 2008, una sezione del *Attorney Office – The Indonesia's Coordinating Board for Monitoring Mystical Beliefs in Society* – si era espresso chiaramente in favore dell'adozione di provvedimenti utili a porre definitivamente al bando l'*Ahmadiyya*.

Il *Joint Decree 3/2008* trova il proprio fondamento giuridico, come si è accennato sopra, nella *Blasphemy Law*. Il decreto, dopo aver fatto richiamo al principio – centrale nell'impianto della *Blasphemy Law* – sulla base del quale non è consentito divulgare e professare opinioni in materia di fede, che appaiano discostarsi e dunque possano essere considerate "devianti e deviate" rispetto alle religioni riconosciute come ufficiali in Indonesia[79], nonché all'obbligo, di carattere generale, per cui tutti sono tenuti "to protect and maintain harmony among religions to create peace and orderly community life (…)"[80], ha ordinato ai membri dell'*Ahmadiyya* "as long as they consider themselves to hold to Islam, to discontinue the promulgation of interpretation and activities that are deviant from the principal teachings of Islam (…)"[81]. Il decreto stabilisce altresì che qualora i seguaci ovvero i *leader* dell'*Ahamdiyya* dovessero essere ritenuti responsabili della violazione delle disposizioni di cui al punto 1 e 2 del decreto, "shall be liable to penalties as prescribed in regulatory laws and such penalties shall extent to the organisation and legal body"[82]. Una successiva *Joint Circular* ha chiarito che il riferimento alle sanzioni previste dalla legislazione vigente era da intendersi come un riferimento sia alle norme di cui all'art. 156a del codice penale, sia all'art. 2 della *Blasphemy Law* che disciplina in merito all'adozione di misure sanzionatorie a carico delle associazioni[83].

Al decreto 3/2008 ha fatto seguito una serie di provvedimenti adottati dalle autorità locali, a livello municipale e regionale, che ribadiscono fondamentalmente il divieto per i seguaci dell'*Ahmadiyya* di qualsiasi attività che sia praticata in nome dell'Islam e che si discosti dagli insegnamenti ufficiali della religione islamica. Si è infatti assistito all'adozione di numerosi provvedimenti che hanno ulteriormente rafforzato e meglio specificato la portata del divieto previsto dal decreto 3/2008 ed hanno contribuito al perseguimento dell'obiettivo, cioè quello di mettere totalmente al bando

---

[79] Cfr. *Joint Decree*, cit., *Considerations*, punto *b.*

[80] *Ivi*, punto *f.*

[81] Cfr. *Joint Decree*, cit., punto secondo.

[82] *Ivi*, punto terzo.

[83] Cfr. MELISSA CROUCH, *Judicial Review and Religious Freedom: the Case of Indonesian Ahmadis*, in *Sydney Law Review*, 2012, p. 556.

l'attività dell'*Ahmadiyya* indonesiana[84]. Va inoltre evidenziato che contro alcuni dei provvedimenti citati sono stati presentati vari ricorsi dinanzi alla Corte Suprema indonesiana ed il loro mancato accoglimento è stato solitamente motivato con argomentazioni di carattere puramente tecnico[85]. Sotto questo profilo merita ricordare che con riferimento al decreto 3/2008 era stata diramata una circolare ministeriale (Ministero degli Interni e Ministero degli Affari religiosi) con la quale era stato chiarito che le amministrazioni locali erano competenti soltanto ad adottare le misure necessarie ai fini dell'applicazione delle norme del decreto, nell'ottica di garantire il controllo delle attività dell'*Ahmadiyya* ed evitare che queste potessero dar luogo ad un travisamento e ad una scorretta divulgazione del pensiero islamico. Merita inoltre osservare che, malgrado le dichiarazioni rilasciate dal Ministro per gli Affari religiosi secondo cui il *Joint Decree* – e di conseguenza i regolamenti adottati a livello locale – erano stati emanati con l'intento di prevenire gli episodi di violenza e di discriminazione nei confronti dei membri dell'*Ahmadiyya*, si è assistito, al contrario, ad un incremento del fenomeno della violenza su base religiosa e dell'incitamento all'odio. L'ulteriore effetto riconducibile all'adozione del *Joint Decree* e dei regolamenti ad esso correlati è che a seguito del rigetto del ricorso relativo alla declaratoria di incostituzionalità della *Blasphemy Law*, anche il *Joint Decree* è rimasto in vigore perché conforme alle norme costituzionali: quest'ultimo infatti trova nella *Blasphemy Law* il proprio fondamento giuridico, essendo la sua finalità quella di perseguire quei comportamenti che, proprio ai sensi di quanto stabilito dalla *Blasphemy Law*, risultano "deviant" rispetto ai dettami della religione ufficiale[86]. Ne è risultata dunque una sinergia che ai fini della compressione della libertà di religione dei seguaci dell'*Ahmadiyya* appare particolarmente efficace: come ha avuto modo di rilevare *Human Rights Watch* nel suo rapporto "The harassment and violence directed at minority religious groups is facilitated by a legal architecture in Indonesia that purports to maintain "religious harmony," but in practice undermines freedom of religion"[87].

---

[84] *Ibidem*. Si veda altresì *The Jakarta Post*, Sat, 12/10/2011, *Ahmadiyah Bans: Legal Justification for Intolerance?*, consultabile su http://www.thejakartapost.com.news/2011/12/10/ahmadiyah-bans-legal-justification-intolerance.htlm.

[85] Il giudice infatti non ha accolto le richieste avanzate dai legali rappresentanti dell'*Ahmadiyya* sulla base dell'assunto che i provvedimenti impugnati erano stati adottati da organismi non governativi incompetenti ad adottare provvedimenti di carattere amministrativo impugnabili come tali dinanzi al giudice *a quo*. Cfr. Melissa Crouch, *op.ult.cit.*, p. 566.

[86] *Ivi*, p. 571.

[87] Human Rights Watch, *In Religion's Name*, cit., p. 3.

La questione dell'*Ahmadiyya* indonesiana è largamente, e nelle più diverse sedi, oggetto di dibattito, come dimostra l'attenzione prestata anche dal Parlamento europeo che nel 2011 ha adottato una risoluzione *ad hoc*[88]. Con la risoluzione il Parlamento ha espresso una ferma condanna nei confronti dei provvedimenti adottati contro l'*Ahmadiyya* ed ha rivolto un'interpellanza al Presidente indonesiano Yudhoyono ed una richiesta al Ministro degli Affari religiosi nonché agli organi giudiziari perché si adoperino affinché, nell'ottica del rispetto delle regole dello stato di diritto e della democrazia, i fenomeni di violenza religiosa vengano adeguatamente perseguiti e sanzionati. Ad avviso del Parlamento europeo la violazione del diritto alla libertà di religione "undermine human rights guaranteed in the Indonesian Constitution, including the prohibition of discrimination and freedom of expression, opinion and peaceful assembly". L'adozione della citata risoluzione da parte del Parlamento europeo non è un atto isolato ma rientra nel quadro di una più generale attenzione prestata dall'Unione europea nei confronti del tema della libertà di religione e delle tutela delle minoranze religiose. Quest'ultimo è infatti considerato un tema prioritario nel contesto dell'azione dell'Unione a tutela dei diritti umani come è confermato dalla recente adozione, nel 2013, delle Linee-guida per la promozione e la protezione della libertà di religione: il documento ribadisce la ferma volontà dell'Unione europea di operare per garantire che la libertà di religione sia riconosciuta e tutelata non solo all'interno dei confini dell'Unione ma anche nel contesto dell'azione esterna e dunque della "European Union human rights policy"[89]. A conferma dell'approccio adottato merita altresì ricordare che il *European Parliament Working Group on freedom of religion or belief* ha adottato nel 2013 il suo primo rapporto col quale ha richiamato l'attenzione sul fatto che "freedom of religion or belief is under attack in many countries of the world" and that "the overall situation is deteriorating rather than improving"[90]. Il Gruppo di lavoro ha altresì stilato un elenco di 25 paesi sui quali si ritiene debba mantenersi alta l'attenzione: fra questi è ricompresa l'Indonesia e le ragioni, per le quali si ritiene che la libertà di religione sia a rischio nel paese, sono individuate nella persistente vigenza di una legislazione in materia di blasfemia e nel frequente ricorso a quest'ultima, che appare troppo spesso

---

[88] Cfr. European Parliament, Resolution of 7 July 2011 on Indonesia, including Attacks on Minorities, P7_TA (2011)0341.

[89] Per il testo cfr. http://consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/137585.pdf.

[90] Per il testo cfr. http://www.religiousfreedom.eu/wp-content/uploads/2014/02/EPWG-2013-Report-Final-for-printing.pdf.

strumentale al diniego della libertà di religione e alla repressione delle istanze delle minoranze religiose, prima fra tutte *l'Ahmadiyya*.

Pare utile, da ultimo, un'ulteriore considerazione che attiene ai recenti sviluppi nel quadro dei rapporti bilaterali tra Unione europea e Indonesia. Nel novembre 2009 infatti è stato siglato il "Framework Partnership and Cooperation Agreement" che rappresenta il quadro normativo di riferimento chiamato a disciplinare i rapporti di partenariato e cooperazione tra l'Unione europea e l'Indonesia[91]. L'accordo, che presenta le caratteristiche proprie degli accordi di partenariato che l'Unione conclude con i paesi terzi in via di sviluppo, promuove un modello di cooperazione multisettoriale nel quale una centrale importanza è assegnata alla promozione e tutela dei diritti umani. Ricalcando lo schema tipico della politica di condizionalità democratica[92], l'Unione europea attiva e sostiene programmi di cooperazione, laddove lo Stato terzo si impegni ad adottare politiche ed interventi sul piano interno a tutela dei diritti umani e dei principi democratici che siano idonei ad assicurare il progressivo allineamento agli *standard* internazionali in materia di diritti umani. Da questo punto di vista l'Unione europea ha dimostrato, all'indomani della firma dell'accordo, di voler non solo monitorare ma altresì supportare l'Indonesia in tale percorso ed è parso evidente che nel generale dibattito attivatosi tra le parti, relativo all'individuazione delle priorità in materia di diritti umani, la libertà di religione sia stata inserita, fin dalle prime battute, tra le questioni di primaria rilevanza[93].

---

[91] Per il testo cfr. http://eeas.europa.eu/delegations/indonesia/documents/eu_indonesia/eu_idnpca_en.pdf.

[92] Sul tema della condizionalità nel sistema degli accordi di associazione, cooperazione e partenariato cfr. Karen E. Smith, *The Use of Political Conditionality in the Eu's Relations with Third Countries: How Effective?* in *European Foreign Affairs Review*, 1998, p. 253 ss.; Elena Fierro, *The Eu's Approach to Human Rights Conditionality in Practice*, Nijhoff, The Hague, 2003; Paola Pillitu, *La tutela dei diritti dell'uomo e dei principi democratici nelle relazioni della Comunità e dell'Unione europea con gli Stati ACP*, Giappichelli, Torino, 2003; Lorand Bartels, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2005; Silvia Angioi, *Il principio di condizionalità e la politica mediterranea dell'Unione europea*, ESI, Napoli, 2006; Andreas Moberg, *Political Conditionality: an EU Strategy to Integrate Human Rights and Development*, in *Rätt och utveckling*, Åbo Akademi, 2010. Nel caso dell'accordo UE-Indonesia si veda l'art. 1 ("Respect for democratic principles and fundamental human rights, as laid down in the Universal Declaration of Human Rights and other international human rights instruments applicable to both Parties underpins the internal and international policies of both Parties and constitutes an essential element of this Agreement") e l'art. 44, par. 3 ("If either Party considers that the other Party has failed to fulfil any of its obligations under this Agreement it may take appropriate action. Before doing so, except in cases of special urgency, it shall present to the Joint Committee all the relevant information required for a thorough examination of the situation with a view to seeking a solution acceptable to the Parties").

[93] Sul punto cfr. *Summary Records. EU-Indonesia Human Rights Dialogue, Brussels, 9 March 2011*, consultabile su http://eeas.europa.eu/delegations/indonesia/documents/press_corner/

7. *Conclusioni*

Da tempo il tema della libertà di religione in Indonesia è non solo posto al centro del dibattito interno ma è altresì questione su cui gli osservatori internazionali – organi di monitoraggio sui diritti umani e organizzazioni non governative – si pronunciano frequentemente. Il problema della tutela della libertà di religione si pone evidentemente in termini di compatibilità tra le norme interne, che in diverso modo hanno un impatto diretto sul riconoscimento di tale diritto fondamentale e le norme internazionali in materia, in particolare quelle contenute nel Patto sui diritti civili e politici.

Proprio sotto quest'ultimo profilo assumono rilievo i primi rapporti che il governo indonesiano, ha presentato sia al Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite nell'ambito della *Universal Periodic Review*[94], sia a seguito della ratifica del Patto sui diritti civili e politici, avvenuta come si è sopra ricordato, nel 2005, al Comitato per i diritti umani cioè all'organo di controllo sull'esecuzione delle norme contenute nel Patto sui diritti civili e politici[95]. Ad un esame dei documenti citati – tramite i quali lo Stato parte rende conto delle misure adottate al proprio interno per garantire l'adattamento alle norme internazionali in materia di diritti umani – si evince una chiara tendenza del governo indonesiano a fornire un quadro in qualche modo "edulcorato" della situazione interna, pur senza negare l'esistenza di una serie di problemi e di questioni aperte. Il governo indonesiano fa di frequente riferimento, per giustificare la persistente vigenza di una legislazione interna che appare difficilmente conciliabile con il tenore degli obblighi internazionali assunti, alla necessità di garantire e mantenere l'ordine pubblico: tale esigenza viene indicata più volte come prioritaria nell'ottica di assicurare il godimento di tutti quei diritti che la *Pancasila* definisce inderogabili.

L'affermazione del governo indonesiano di essere instancabilmente dedito alla causa della promozione e della tutela della "religious harmony", in un paese con una forte caratterizzazione multietnica e multi-religiosa, si accompagna all'affermazione con cui si ribadisce la validità della *Blasphemy Law* in quanto "provides the basis for maintaining public order in the community in

---

news20110316_en.pdf. Cfr. altresì *Indonesia- European Union Human Rights Dialogue. Jakarta, Indonesia, 2 May 2012. Joint Statement*, consultabile su http://indonesie.nlambassade.org/binaries/content/assets/postenweb/i/indonesie/nederlandse-ambassade-in-jakarta/import/nieuws/joint-statement-third-indonesia-eu-hr-dialogue.pdf.

[94] Cfr. HRC, *National Report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council Resolution 16/21*. Indonesia (7 March 2012), UN Doc. A/HRC/WG.6/13/IDN/1.

[95] CCPR, *Consideration of Reports submitted by States Parties under the article 40 of the Covenant. Initial Reports of States Parties*. Indonesia (19 March 2012), UN Doc. CCPR/C/IDN/1.

terms of religious issues"[96]. Sempre con riferimento alla *Blasphemy Law*, si afferma che questa non pone nei confronti dell'*Ahmadiyya* il divieto di professare e praticare la religione ma semplicemente "regulates the proselytisation of the religion", ribadendo altresì la validità, sotto questo profilo, delle disposizioni contenute nel decreto ministeriale 3/2008.

L'opinione delle organizzazioni non governative non è evidentemente analoga: a questo proposito, pare di particolare interesse il riferimento al documento elaborato in risposta al rapporto presentato dall'Indonesia al Comitato sui diritti umani, con il quale un *network* di organizzazioni non governative indonesiane ha evidenziato, punto per punto, le criticità dell'intero sistema[97]. Mette conto fare altresì riferimento al documento predisposto nel dicembre 2012 dalla *Indonesian National Commission on Human Rights*, allo scopo di fornire una serie di informazioni al Comitato dei diritti umani, utili per l'esame del primo Rapporto presentato al Comitato dall'Indonesia. Il documento che, tenendo conto del contenuto del Patto sui diritti civili e politici, affronta una vasta gamma di problematiche, per quel che concerne in particolare l'art. 18 e la libertà di religione, pone l'accento soprattutto sul problema delle discriminazioni nei confronti delle minoranze religiose e sullo stato attuale della legislazione interna indonesiana che solleva seri problemi di compatibilità con il dettato sia della Costituzione, sia delle norme internazionali[98].

Nell'agosto 2013 il Comitato per i diritti umani ha adottato il documento contenente le osservazioni relative al primo rapporto presentato dall'Indonesia[99]. In risposta al rapporto, il Comitato ha per un verso preso atto dei progressi attuati dall'Indonesia soprattutto tramite l'adozione del *National Plan of Action on Human Rights* per il periodo 2011/2014 e la ratifica di

---

[96] UN Doc. A/HRC/WG.6/13/IDN/1, par. 62.

[97] Cfr. HRWG (Human Rights Working Group, Indonesia's NGOs for Religious Freedom and Belief), *Alternative Report of Indonesia's ICCPR State Report Article 18: Freedom of Religion and Belief*, consultabile su http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/HRWG_2_Indonesia_HRC107.pdf. Cfr. altresì Melissa Crouch, *Judicial Review*, cit., 2012, p. 549.

[98] Cfr. The Indonesian National Commission on Human Rights (Komisi Nasional Hak Asasimanusia-Komnas Ham), *Submission for the Preparation by the Human Rights Committee of a list of Issues to be Considered during the Examination of the Initial Report of Indonesia. Submitted December 2012. With Regard to United Nations Human Rights Committee 107th Session, 11 to 28March 2013*. Al punto 17 si legge: "The Commission is of the view that Indonesia should review existing laws and policies and also – if necessary – revoke or amend the laws to ensure their compatibility with the right to freedom of religion or belief in order to be in line with Indonesia's Constitution and its international human rights obligations". Riguardo alla posizione del Comitato dei diritti umani durante i lavori della 107esima sessione, si veda CCPR, *List of Issues to be Taken up in Connection with the Consideration of the Initial Report of Indonesia*, CCPR/C/IDN/1.

[99] Cfr. *Concluding Observations on the initial Report of Indonesia*, CCPR/C/IDN/CO/1.

alcune Convenzioni in materia di diritti umani e, per l'altro, ha focalizzato l'attenzione su alcune questioni che appaiono di prioritario interesse perché sollevano un problema di compatibilità dell'ordinamento interno con le norme internazionali[100]. Per quel che in particolare concerne il problema della *Blasphemy Law*, il Comitato ha richiamato l'attenzione sull'inefficacia dell'azione di governo a tutela delle minoranze religiose fatte oggetto sistematicamente di attacchi e di atti di violenza[101]; ha poi evidenziato che sia la *Blasphemy Law* sia la *fatwa* promulgata nel 2005 dal Consiglio degli *Ulema*, sia, infine, il *Joint Decree* del 2008 sono strumenti che indebitamente comprimono la libertà di religione e in particolare i diritti delle minoranze religiose, prima fra tutte l'*Ahmadiyya*.

Facendo riferimento al proprio *General Comment* n. 34[102] e alla posizione assunta in materia di leggi sulla blasfemia, il Comitato ha ribadito il punto di vista già espresso, secondo il quale la legge n.1/1965 (Blasphemy Law) "is inconsistent with the provisions of the ICCPR": in virtù di tale ragione il Comitato ritiene che la stessa "should be repealed forthwith"[103]. Meritano menzione alcune ulteriori osservazioni relative al problema dell'educazione religiosa: il Comitato infatti ha invitato il governo indonesiano ad adottare quanto prima piani di riforma dei *curricula* che siano idonei "to promote religious diversity as well as to ensure that the preferences of believers and of non-believers are both accommodated"[104].

All'Indonesia è dunque richiesto di adempiere ai propri obblighi internazionali: la diffusione di fenomeni di intolleranza religiosa, la mancata predisposizione di strumenti idonei a garantire la tutela delle minoranze, unitamente alla persistente vigenza di una legislazione interna in materia di blasfemia, sono questioni sulle quali il legislatore e il governo indonesiano sono chiamati ad intervenire e in questo senso l'adozione di misure che siano idonee a garantire l'effettiva tutela di alcuni diritti fondamentali, pare quanto mai urgente. Non vi è dubbio poi, che a tale proposito la posizione assunta dagli organi internazionali di controllo sui diritti umani, dalle diverse organizzazioni non governative, nonché dall'Unione europea, sia pressoché unanime, sebbene debba essere fatta una precisazione. L'Unione europea infatti appare dotata di una capacità di intervento diversa rispetto agli altri attori internazionali e lo è in virtù del sistema di relazioni bilaterali cui si è

---

[100] *Ivi*, parr. 25-27.

[101] *Ivi*, par. 17.

[102] Cfr. *supra* nota n. 19.

[103] Cfr. CCPR/C/IDN/CO/1, cit. par. 25.

[104] *Ivi*, par. 26.

dato origine tramite la stipulazione del *Framework Partenrship and Cooperation Agreement* sopra richiamato[105]. Per effetto delle norme in esso contenute, che istituzionalizzano il nesso tra cooperazione e tutela dei diritti umani, l'Unione europea – in conformità ai meccanismi che caratterizzano la politica di condizionalità – è potenzialmente in grado di fare ricorso ad un'ampia gamma di strumenti per indurre l'Indonesia a garantire l'adattamento del proprio ordinamento agli obblighi internazionali in materia di diritti umani: ciò significa che in prospettiva, lo sviluppo ed il consolidamento del sistema delle relazioni bilaterali tra Unione europea ed Indonesia, potrebbe essere condizionato proprio dalle scelte che il governo ed il legislatore indonesiano faranno in materia di diritti umani, che è quanto dire della capacità di operare per garantire l'attuazione delle norme internazionali in materia di diritti umani e libertà di religione nonché il rispetto degli *standard* da quelle norme indicati.

---

[105] Cfr. *supra*, p. 369.

*Islam e pluralismo religioso nella «Carta di Medina»**

Maria d'Arienzo

1. Identità, appartenenza e libertà religiosa nel mondo islamico

Il pluralismo religioso, quale principio su cui si strutturano la comunità politica costituita con la cosiddetta Carta di Medina[1] e il concetto islamico di libertà religiosa[2], appare particolarmente interessante per due ordini

---

* Il testo prende spunto dalla relazione tenuta al Convegno dal titolo *Costituzioni e costituzionalismi nel mondo arabo-islamico*, organizzato dall'Università Orientale di Napoli, 4-5 dicembre 2014.

[1] L'antico documento redatto da Muhammad con le tribù e clan arabi ed ebraici di Medina (*sahif*) è tradizionalmente denominato, oltre che con il termine «Carta», anche come «Costituzione» o «Convenzione». Tali denominazioni sottolineano la natura giuridica, costituzionale o addirittura di prima convenzione internazionale scritta, del testo. Tra gli Autori che utilizzano tali definizioni, cfr. William Montgomery Watt, *Mahomet*, (traduit de l'anglais par François Dourveil, Solange Marie Guillemin, François Vaudou. Titolo originale: *Muhammad at Mecca, Muhammad at Medina*, Oxford Univerity Press, Londres, 1958), Payot, Paris, 1959; Mohammed Arkoun, *L'Islam, morale et politique*, Desclée de Brouwer, Paris, 1986, p. 185; Toufic Fahd, *La nascita dell'Islam*, nel vol. Henri-Charles Puech, *L'islamismo*, Laterza, Roma-Bari, 1991, il quale sottolinea l'eguaglianza tra musulmani ed ebrei «imposta dalle circostanze», sancita dal primo articolo della Costituzione il cui titolo è: *Convenzione stabilita dall'Inviato da Dio tra gli emigrati e gli ausiliari e per la pace con gli Ebrei,* p. 31 ss. e in particolare p. 33; Salah Stétié, *Mahomet*, Pygmalion, Paris, 2000, p. 135; Anne-Marie Delcambre, *Naissance de l'Islam*, in Paul Balta (sous la direction de), *Islam, civilisation et sociétés*, Éditions du Rocher, Paris, 2002, p. 33. La definizione di «Atto di Medina» si ritrova utilizzata in Marie Claret De Fleurieu, *L'État musulman, entre l'idéal islamique et les contraintes du monde temporel*, Préface de Michel de Guillenchmidt, Avant-propos d'Antoine khair, Fondation Varenne, L.G.D.J., Paris, 2010, pp. 26-28 e 35-36. «Rescritto» di Medina è invece la denominazione data al documento da Claudio Lo Jacono, *Le religioni dell'Arabia preislamica e Muhammad*, nel vol. Giovanni Filoramo (a cura di), *Islam*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 60; Id., *Maometto*, in *Le grandi religioni*, volume 11, Editori Laterza-Il sole 24 ore, Milano, 2011, p. 80.
Numerose sono le discussioni tra gli studiosi sia rispetto alla datazione che alla struttura del documento. In proposito, cfr. Leone Caetani, *Annali dell'Islam*, I, Hoepli, Milano, 1905, p. 393; Julius Welhausen, *Skizzen und Vorabeiten*, IV, Reimer, Berlino, 1889, p. 82 ss.; Muhammad Hamidullah, *Le Prophète de l'Islam*, *sa vie et son* œuvre, J. Vrin, Paris, 1959, I, pp. 124 e 135; William Montgomery Watt, *Mahomet*, cit., p. 479 ss.; Robert Bertram Serjeant, *The "Constitution of Medina"*, in *Studies in Arabian History and Civilisation*, cap. V, pp. 3-16; Id., *The Sunna Jāmi'ah, pacts with the Yathrib Jews, and the Tahrīm of Yathrib: analysis and translation of the documents comprised in the so-called "Constitution of Medina",* in *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, 41, 1978, pp.1-42, soprattutto p. 18 ss.

[2] Sul diritto di libertà di coscienza e di libertà religiosa nell'Islam, declinata, quest'ultima, essenzialmente quale libertà confessionale in quanto incentrata sul criterio dell'appartenenza a determinate comunità di fede, a differenza della concezione individualistica di tale diritto così come sancito

di ragioni. In primo luogo, perché tale angolazione prospettica consente di evidenziare la centralità delle comunità religiose e la funzione fondamentale che esse rivestono nella formazione dell'entità politica islamica. In secondo luogo, perché è proprio nella rilevanza del «legame collettivo»[3], che definisce l'appartenenza, che sembra potersi individuare la radice epistemologica del rapporto tra organizzazioni di governo e realizzazione nell'ordine sociale del vincolo di obbedienza alla volontà divina nel quale si esplica il concetto giuridico di libertà nell'Islam. «Legame collettivo» che si struttura, attraverso il patto costituzionale, in sistemi giuridici che tuttavia, in quanto concretizzazioni delle regole religiose, esprimono funzionalmente il modello islamico di filosofia della politica incentrato sulla coesione del corpo sociale nella condivisione di principî comuni, pur nel riconoscimento delle differenze, traducibile nella *reductio ad unum* della molteplicità o, al contrario, nella diversificazione all'interno di una unità comunitaria[4].

Il patto costituzionale, inteso come forma di organizzazione del governo e regolamentazione delle modalità di esercizio del potere politico, costituisce, nella concezione islamica, l'espressione non di una sovranità territoriale autocratica[5], ma la realizzazione dell'ordine sociale di giustizia nel quale si realizza il patto del credente con il divino all'interno della comunità costitutiva della *Umma*.

---

nelle Costituzioni moderne occidentali, cfr. Abdulaziz Sachedina, *Freedom of Conscience and Religion in the Qur'an*, in David Little, John Kelsay, Abdulaziz Sachedina, *Human rights and the Conflicts of Culture. Western and Islamic Perspective on Religious Liberty*, University of South Carolina Press, Columbia, 1988, pp. 53-90; Mohamed Talbi, *La libertà di religione e di coscienza: una prospettiva musulmana riformatrice*, nel vol. Id., *Le vie del dialogo nell'Islam*, Introduzione di Andrea Pacini, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1999, pp. 51-66 e nello stesso volume, *La libertà di religione e di coscienza: diritto dell'uomo o vocazione dell'uomo? Riflessione sulla libertà di coscienza come elemento costitutivo della natura umana alla luce del Corano*, pp. 87-97; Paolo Branca, *Pouvoir de jure et povoir de facto dans la pensée politique islamique classsique*, in Barbara Michalak-Pikulska, Andrzej Pikulski, *Authority, Privacy and Public Order in Islam. Proceedings of the 22nd Congres of L'Union européenne des arabisants et islamisants*, Peeters Publisher, Lovanio, 2006, pp. 29-40; Ahmad Vincenzo, *Islamica. Crisi e rinnovamento di una civiltà*, Luigi Pellegrini, Cosenza, 2008, p. 73 ss.; Alessandro Ferrari, *Dove va la libertà religiosa: percorsi comuni tra le due sponde del Mediterraneo*, nel vol. Guerino D'ignazio, Nicola Fiorita, Silvio Gambino, Francesco Raniolo, Alberto Ventura (a cura di), *Transizioni e democrazia nei Paesi del mediterraneo e del vicino Oriente*, Edizioni Periferia, Cosenza, 2014, pp. 351-377.

[3] Cfr. Karim Mezram, Ahmad Giampiero Vincenzo, *L'altro Islam*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2011, p. 21 ss.

[4] Louis Gardet, *L'Islam. Religion et communauté*, Desclée de Brouwer, Paris, 1970, p. 274.

[5] Sul concetto islamico di autorità politica, cfr. Ali Abderraziq, *L'Islam et les fondaments du povoir*, Ed. La Découverte, Paris, 1994 (ed or. in arabo, Cairo 1925); Agostino Cilardo, "*La comunità islamica*", in Werner Ende, Udo Steinbach (a cura di), *L'islam oggi*, Dehoniane, Bologna, 1993 (rist. 2004), pp. 13-42; Id., *Il diritto islamico e l'ordinamento giuridico italiano. Le bozze di intesa tra la Repubblica Italiana e le associazioni islamiche italiane*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, p. 65 ss.; Abderraouf Boulaabi, *Les finalités de la charia et la légitimité du pouvoir*, L'Harmattan, Paris, 2005.

La dialettica tra identità ed appartenenza, che ha contraddistinto l'affermazione dei principi posti alla base del costituzionalismo moderno occidentale, d'altro canto, evidenzia la rilevanza che ha rivestito, anche in Occidente, la dimensione collettiva delle religioni, e dunque l'aspetto comunitario, non soltanto per l'affermazione del concetto moderno di Stato, ma soprattutto per lo sviluppo del diritto pubblico.

Il lungo e tormentato processo che ha condotto all'affermazione del principio di laicità, quale separazione non solo tra potere politico e religione, ma anche tra spazio pubblico e spazio privato, trova la sua prima affermazione proprio nel concetto politico di tolleranza quale *instrumentum regni*, così come teorizzato dai *politiques* francesi nel XVI secolo. La coesistenza pacifica di più religioni sullo stesso territorio, nella Francia dilaniata dalle guerre di religione, diviene il fine principale per garantire l'unità della compagine statale. La legittimazione politica delle diverse comunità religiose nate dalla frantumazione della *societas christiana* si realizza attraverso la laicizzazione della politica dalla religione. La regolamentazione delle diverse *libertates Ecclesiarum* trova il suo parametro nella neutralità del potere pubblico rispetto alle istanze confessionali e nella tutela della eguale libertà di coscienza dei singoli individui in quanto *cives*, appartenenti alla comunità politica, e non in quanto *fideles*[6].

La legittimazione sul piano pubblicistico delle comunità religiose si attua attraverso la neutralità del potere politico, che a sua volta si realizza nella neutralizzazione delle pretese di confessionalizzazione della sfera pubblica da parte delle diverse comunità religiose presenti all'interno del territorio soggetto alla sovranità statale. L'unità politica è garantita, già a partire dal XVI secolo fino alla costituzionalizzazione del principio di laicità in Francia, solo attraverso la tutela del pluralismo religioso e della libertà di coscienza. Al criterio dell'appartenenza religiosa si sostituisce quello dell'appartenenza alla comunità territoriale data dalla cittadinanza[7]. Tuttavia, il pluralismo garantito negli

---

[6] Sul concetto politico di tolleranza quale tappa per l'affermazione del principio di separazione della politica dalla religione, mi sia concesso rinviare a Maria d'Arienzo, *Deux Concepts de Tolérance: Michel de L'Hospital et Sébastien Castellion*, nel vol. *Michel Servet (1511-1553). Héresie et pluralisme du XVI^e au XXI^e siècle.* Actes du colloque de l'École Pratique des Hautes Études, 11-13 décembre 2003, réunis par Valentine Zuber*,* Honoré Champion, Paris, 2007, pp. 213-223; Id., *La libertà di coscienza nel pensiero di Sébastien Castellion*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. LXIV-LXX; Laura Mai, *Per una rilettura del concetto di tolleranza*, Luigi Pellegrini, Cosenza, 2011.

[7] Sulle radici storiche, filosofiche e politiche del principio di laicità,cfr. Jean Baubérot, Guy Gauthier, Louis Legrand, Pierre Ognier, *Histoire de la laïcité*, CRPD de Franche-Comté, Besançon, 1994; i contributi pubblicati nel vol. Mario Tedeschi (a cura e con introduzione di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 1996; Massimo Jasonni, *Alle radici della laicità*, Il Ponte, Firenze, 2008, pp. 16-18. In relazione specificamente alla Francia, mi sia consentito rinviare a Maria d'Arienzo, *La «religione della laicità» nella Costituzione francese*, nel vol. Paolo Becchi, Vincenzo Pacillo, *Sull'invocazione a Dio nella Costituzione federale e nelle Carte fondamentali europee*, Eupress, Lugano, 2013, pp. 139-150 e alla bibliografia ivi citata.
Sulla laicità, quale separazione della sfera politica da quella religiosa, sviluppatasi nei contesti oc-

ordinamenti occidentali dal principio di laicità, inteso come tutela della libertà di coscienza e di appartenenza alle diverse confessioni, non sempre si traduce a livello pubblicistico in un reale o pieno pluralismo dei valori, in quanto l'unità del legame politico si struttura sulla necessaria condivisione di valori costituzionali comuni a tutti, e perciò pubblici, rispetto a quelli confessionali, che non valendo per tutti, vigono nella sfera privata. In tal senso, i rapporti di separazione tra politica e religioni si articolano in maniera diversificata nelle specifiche realtà ordinamentali[8]. Ad una pariteticità di trattamento giuridico garantita a tutte le confessioni dalla laicità neutrale, come nell'ordinamento francese, si contrappongono sistemi giuridici caratterizzati dalla predominanza pubblicistica di una delle confessioni rispetto alle altre considerate di minoranza, o ordinamenti che potremmo definire sostanzialmente di pluralismo attenuato o non completamente attuato, come quello italiano[9].

2. *Comunità religiose e unità politica: la «Carta di Medina»*

Il processo di separazione tra ordinamenti giuridici e quelli religiosi che ha caratterizzato lo sviluppo del pensiero politico occidentale evidenzia anche la diversa semantica sottesa ai concetti di tolleranza, di libertà e di funzioni del potere politico quando adoperate come categorie con le quali inquadrare i rapporti tra diritto e politica nell'Islam.

Il patto costituzionale rappresentato in quello che può essere definito l'archetipo o modello di organizzazione politica islamica – paradigma fondatore lo ha chiamato Yadh Ben Achour[10] – ovvero la cosiddetta «Carta di Medina» sovente è definito come un sistema politico caratterizzato dalla tolleranza

---

cidentali storicamente caratterizzati dalla presenza di chiese istituzionali proprie del cristianesimo, e il complesso dibattito relativo alla sua applicabilità nel contesto islamico contraddistinto dalla coincidenza tra religione e Stato, cfr., *inter alia*, le analisi di BERTRAND BADIE, *Les deux* États. *Pouvoirs et société en Occidente t en terre d'Islam*, Fayard, Paris, 1986; MARCEL GAUCHET, *Il disincanto del mondo. Una storia politica della religione*, Einaudi, Torino, 1992; MAXIME JOINVILLE-ENNEZAT, *Islamité et laïcité. Pour un contrat d'alliance*, Prèface de JEAN REMY, L'Harmattan, Paris, 1998; ABOU FILALI-ANSARY, *Islam, laïcité, democratie*, in *Pouvoirs*, n.104, 2003, p. 11; SÉLIM JAHEL, *La laïcité dans les pays musulmans*, in *La laïcité. Archives de la philosophie du droit*, 48, 2004, pp. 143-156; OLIVIER ROY, *La laïcité face à l'Islam*, Stock, Paris, 2005.

[8] Per un quadro di sintesi, cfr. FRANÇOISE CURTIT, FRANCIS MESSNER, *Droit des religions en France et en Europe: recueil de texstes*, Bruylant, Bruxelles, 2009; ANGELO LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei paesi dell'Unione europea. Lineamenti di comparazione*, Giuffrè, Milano, 2012.

[9] GIUSEPPE CASUSCELLI, *Il pluralismo in materia religiosa nell'attuazione della Costituzione ad opera del legislatore repubblicano*; PIERANGELA FLORIS, *Il pluralismo in materia religiosa nelle prospettive di attuazione del federalismo*, entrambi nel vol. SARA DOMIANELLO, *Diritto e religione. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, Il Mulino, Bologna, 2012, rispettivamente pp. 23-41 e 43-60.

[10] YADH BEN ACHOUR, *Politique, religion et droit dans le monde arabe*, Cérès, Tunis, 1992, p. 56.

nei confronti delle comunità appartenenti alle Genti del Libro[11]. Il patto regola la nuova forma di organizzazione sociale islamica nella quale le comunità religiose distinte dalla comunità dei credenti, la *Umma*, costituiscono parte integrante della società politica, in base tuttavia all'accettazione della nuova centralizzazione del potere realizzata da Muhammad[12]. In tal senso, la comunità medinese rappresenta un'idea di integrazione e partecipazione comune, pur nella diversità, all'ideale solidaristico che accomuna l'ordine sociale regolato dalla religione islamica[13]. La nuova entità politica fondata con la «Carta di Medina» è costituita non soltanto dai credenti musulmani, ma anche dall'insieme di comunità non musulmane – e precisamente dagli ebrei residenti nella città o federati alle tribù arabe[14] – designate all'art. 25[15] del documento, anch'esse con il termine *Umma*, ovvero «comunità simili a quella dei credenti». Tale articolo stabilisce la reciproca libertà di religione e, dunque, riconosce espressamente la separazione tra la comunità musulmana e le entità collettive religiose ebraiche che sono distinte e indipendenti nella propria normatività e giurisdizione, nonché autonome finanziariamente, conformemente all'art. 37[16], ma nel contempo sono parti integranti dell'unità politica retta dalla «Carta di Medina»[17]. La reciproca collaborazione e

---

[11] Biancamaria Scarcia Amoretti, *Tolleranza e guerra santa nell'Islam*, Sansoni, Firenze, 1974; Johanan Friedmann, *Tolerance and Coercion in Islam. Interfaith Relations in the Muslim Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

[12] William Montgomery Watt, *La pensée politique de l'Islam. Les concepts fondamentaux*, traduit de l'anglais par Sabine Reungoat (ed. or. *Islamic Political Thought*, Edimburg Univerity Press, Edimburg, 1968), PUf, Paris, 1995, p. 21 ss.; Sabrine Mervin, *Islam. Fondamenti e dottrine*, Bruno Mondadori, Milano, 2001, p. 9; Marie Claret De Fleurieu, *op. cit*., p. 33.

[13] William Montgomery Watt, *La pensée politique de l'Islam*, cit., p. 32: «C'est de fait la solidarité de l'umma ou communauté qui représente le principal apport de la religion islamique à la sphère du politique».

[14] Michael Lecker, *The "Constitution of Medina". Muhammad's first legal document*, The Darwin Press, Inc., Princeton, New Jersey, 2004.

[15] Art. 25: «Les Juifs de Banû'Awf forment une communauté (*ummah*) semblable à celle des croyants. Que les Juifs aient leur religion (*din*) et que les croyants aient la leur, (cela s'applique) aussi bien à leurs clients qu'à eux-mêmes, à l'exception de celui qui aurait mal agi ou qui se serait conduit en traître; il n'attire le mal que sur lui-même et sur sa famille». Il testo consultato è quello riprodotto nella traduzione francese di William Montgomery Watt, *Mahomet,* cit., pp. 474-479 in Marie Claret De Fleurieu, *op. cit*., p. 295.

[16] Art. 37: «C'est aux Juifs de supporter leur dépenses et aux Musulman de payer les leurs. Parmi eux (c'est à dire l'un vis de l'autre) il y a de l'entr'aide (*nasr*) contre quiconque entre en guerre avec le peuple de ce document. Entre eux existe une amitié sincère (*nas'h wanasihah*) et une façon d'agir loyale et non la trahison. Un homme n'est pas coupable de trahison à cause (d'un acte) de son confédéré. Il y a de l'aide (qui existe) pour la personne lésée (ou bien: une aide doit être donnée à la personne lésée)», *ivi*, p. 296.

[17] Cfr. Marie Claret De Fleurieu, *op. cit*., la quale sottolinea come l'espressione di «communauté (*ummah*) semblable à celle des croyants» rifletta «le double statut de la communauté juive, considérée à la fois comme une entité distincte de la collectivité des croyants, et comme une partie intégrante de la société politique régie par le pacte de Médine», p. 33.

l'alleanza nella difesa dal mondo esterno degli infedeli costituisce il fondamento di una nuova forma di organizzazione politica, strutturata sul criterio dell'appartenenza religiosa, ossia sull'adesione volontaria alla comunità, il cui legame sociale collettivo e il bene comune da difendere e promuovere sono costituiti dalla fede[18] e la sua realizzazione sul piano sociale e politico[19].

La volontarietà dell'appartenenza alla comunità politica, oltre che alle specifiche entità religiose, che contiene *in nuce* l'idea di dinamismo sociale[20], consente in un certo qual senso di ritenere la nuova realtà politico-sociale retta dalla «Carta di Medina» come una confederazione di comunità[21]. In altri termini, almeno nel modello ideale di entità politico-sociale rappresentato dalla «Carta di Medina», sembrerebbe possibile considerare lo statuto delle comunità non musulmane, dal punto di vista gius-politico, non in quanto «minoranze tollerate», o «protette», ma al contrario, come sembra emergere nell'idea sottesa al patto di alleanza tra Muhammad e le tribù arabe ed ebraiche, quali entità collettive contraddistinte dalla propria specifica religione e separate dal resto della comunità dei credenti musulmani, sebbene costitutive a pieno titolo dell'unità del corpo sociale.

La qualifica di «minoranze tollerate» esprimerebbe, difatti, la concezione del semplice rispetto della diversità, rimandando ad un diverso grado di valore di legittimazione sul piano politico[22]. Del resto, se l'adesione volontaria alla comunità retta dalla «Carta di Medina» comporta l'esclusione per le collettività non musulmane dalla scelta dell'autorità a cui la comunità politica è sottomessa[23], è pur vero che la concezione di eguaglianza nei diritti rimanda ad un'idea, moderna ed occidentale, di Stato e di cittadinanza[24], del tutto

---

[18] Mohammed Arkoun, *L'Islam, morale et politique*, cit., p. 187; Yahd Ben Achour, *La théorie constitutionnelle dans la tradition sunnite*, in *Constitutions et religions. Actes de la dixième session de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel (Tunis, 1994)*, Presses de l'Université de sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1994, p. 97.

[19] Toufic Fahd, *op. cit.*, p. 31 ss.; Sabrina Mervin, *op. cit.*, p. 9; Mohamed Talbi, *Una comunità di comunità. Il diritto alla differenza e le vie dell'armonia. Contributo a una teoria del pluralismo*, in Id., *Le vie del dialogo nell'Islam*, cit., pp. 108-109.

[20] Muhammad Hamidullah, *op. cit.*, I, p. 185: «la tribu n'est plus une structure fossilisée, ayant comme base la naissance ou l'affiliation; elle est une organisation volontaire dynamique».

[21] Mohammed Arkoun, *L'Islam, morale et politique*, cit., p. 32.

[22] Cfr. Sélim Jahel, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Panthèon Assas, Paris, 2012, pp. 53-54.

[23] Sul nuovo statuto di Muhammad in quanto capo della comunità di Medina, cfr. Marie Claret de Fleurieu, *op. cit.*, p. 31: «Mohamet, en plus de son rôle religieux inhérent à sa mission fondamentale, s'impose désormais en tant que chef; chef des émigrés qurayshites, mais aussi chef de tous les croyants, y compris des croyants des autres groupes ethniques ou religieux. Son autorité morale peut donc devenir une autorité effective. Elle présuppose l'acquisition de la force des armes». Sulla natura della funzione di Muhammad così come definito nella «Carta di Medina», cfr. William Montgomery Watt, *Mahomet*, cit., p. 483 ss.; Sabrina Mervin, *op. cit.*, p. 11 ss.

[24] Massimo Campanini, *Islam e politica*, Il Mulino, Bologna, p. 48: «[…] in origine, e poi per filoge-

estranee alla concezione religiosa della giuridicità del concetto di eguaglianza, inteso non come pariteticità di trattamento, ma come riconoscimento di una diversità funzionale, di una specificità, e dunque di una libertà nella differenza. Ma, ancor più, manca nell'idea di tolleranza, intesa quale *minus* rispetto al diritto di libertà, la dimensione di condivisione di uno stesso principio unitivo nella realizzazione di un bene comune che si traduce nell'impegno partecipativo di ciascuno, pur nelle rispettive appartenenze, alla dinamicità espansiva dell'ordine costituito al quale si è soggetti dalla scelta del dovere di obbedienza, al fine del raggiungimento del bene personale e della comunità intera[25].

3. La dhimma all'interno della Umma islamica: pluralismo o tolleranza?

Lo spirito religioso che costituisce l'*ordo* su cui si struttura la prima comunità politico-sociale islamica appare rappresentare, pertanto, il principio unitivo, ma anche la finalità comune di sottomissione alla volontà divina, che permea la concezione pluralistica del modello ideale di Stato musulmano, quale aggregato politico-sociale caratterizzato dalla tutela delle specifiche libertà religiose.

Il termine *dhimma*, infatti, che, come è stato osservato, indica il patto tra la comunità islamica e i non musulmani[26], viene in genere tradotto come

---

nesi, i concetti di *ummah* o *dhimma* non implicano i concetti, esclusivamente moderni e occidentali di «stato» e «cittadinanza». La *ummah* non è propriamente uno «stato» e rivendicare al suo interno dei «diritti di cittadinanza» per le minoranze non musulmane è una forzatura o addirittura un controsenso. Sulla non configurabilità in Islam di un pluralismo politico in senso occidentale, cfr. inoltre MAURICE BORRMANS, *Pluralism and its limits in the Qur'ān and the Bible*, in *Islamochristiana*, Pisai, Roma, 17, 1991, pp. 1-14; GUSTAVO GOZZI (a cura di), *Islam e democrazia. Il processo di democratizzazione in un paese arabo e il problema delle democrazie occidentali a confronto*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 10; SADEK BELLOUCIF, *L'islam entre l'individu et le citoyen*, in THOMAS FERENCZI (dir.), *Communications prononcées à l'occasion du 14eme forum* Le Monde, Le Mans , 25-27 octobre 2002, Complexe, Bruxelles, 2003, pp. 145-155.

[25] Cfr. KARIM MEZRAN, AHMAD GIAMPIERO VINCENZO, *op. cit.*, pp. 45-46.

[26] Cfr. CLAUDE CAHEN, s.v. *Dhimma*, in *Encyclopédie de l'Islam*, II, Brill, G.P. Maisonneuve & Larose S. A., Leyde-Paris, 1965, p. 253: «Terme qui désigne la sorte de contrat indéfiniment reconduit par lequel la communauté musulmane accorde hospitalité-protection aux membres des autres religions révelée, à condition qu'eux-mêmes respectent la domination de l'Islam». Sulle accezioni giuridiche del lemma *dhimma*, cfr. CHAFIK CHEHAYTA, s. v. *Dhimma*, in *Encyclopédie de l'Islam*, II, 1965, p. 238. Sulla condizione dei non musulmani in Islam, cfr. ANTOINE FATTAL, *Le statut légal des non-musulmans en Pays d'Islam,* Imprimerie Catholique, Beyrouth, 1958, p. 71 ss.; BERNARD LEWIS, *L'Islam et les non musulmans*, in *Annales*, 3-4, 1980, pp. 784-800; PANAYOTIS JERASIMOF VATIKIOTIS, *Islam: Stati senza nazioni. Politica e coscienza religiosa, le ragioni di fondo dei conflitti in territorio arabo*, trad. ISABELLA VAY, Presentazione di GIAMPAOLO CALCHI NOVATI (ed. or. *Islam and the State*, Routledge, London, 1987), Il Saggiatore, Milano, 1993, cap. V, *Il difficile pluralismo: non musulmani in una società musulmana*, pp. 129-155; FRANCESCO CASTRO-PIERANGELO CATALANO (eds.), *La condition des "autres" dans les systèmes juridiques de la Méditerranée*, Isprom-Publisud, Paris, 2004; ALBRECHT NOTH, *L'Islam e le minoranze non-islamiche*, in WERNER ENDE - UDO STEINBACH (a cura di), *L'Islam oggi*, cit., pp. 781-798.

«patto di protezione», ossia riconoscimento del diritto di libertà religiosa, inteso come la possibilità di ottemperare alla legge divina cui i non musulmani fanno riferimento. La libertà di professione del culto e l'autonomia giuridica sono garantite in quanto espressione dell'obbligo di sottomissione alla volontà divina che contraddistingue lo statuto di fedele[27]. In altri termini, la protezione potrebbe essere intesa come espressione del legame soldidaristico tra la comunità islamica e le altre comunità costitutive della entità politica regolata dalla «Carta», derivante dal riconoscimento della «comune» protezione divina.

In tal senso, è nella correlazione tra l'ottemperanza del credente alla normatività religiosa della propria tradizione e il diritto di libertà e autonomia di giurisdizione delle diverse comunità che parrebbe possibile rinvenire il principio unitivo della *dhimma* all'interno della *Umma* islamica. La stessa tassa differenziata della *jizya*[28], prevista inizialmente quale contributo per le spese militari a carico dei non musulmani in sostituzione del loro esonero dal servizio attivo nelle fila dell'esercito, sembrerebbe rappresentare,seguendo alcune interpretazioni dottrinali[29], una sottomissione all'autorità dello Stato in quanto tributo solidaristico corrispondente al pagamento della *zakat*, o elemosina rituale, pagata dai musulmani[30].

La dimensione pluralistica rappresenta, in tale prospettiva, il carattere specifico della concezione politica propria del pensiero islamico classico[31]. È

---

[27] Sul concetto di «protezione di Dio e di Muhammad», cfr. William Montgomery Watt, *La pensèe politique de l'Islam*, cit., p. 16 ss.

[28] Cfr. Claude Cahen, Halil Inalcik, Peter Hardy, s. v. *Djizya*, in *Encyclopédie de l'Islam*, cit., rispettivamente pp. 573-576; 576-580; 580-582.

[29] Tahir Mahmood, *Premessa. Islam e diritto islamico nei sistemi giuridici del mondo*, nel vol. Alessandro Ferrari (a cura di), *Diritto e religione nell'Islam mediterraneo. Rapporti nazionali sulla salvaguardia della libertà religiosa: un paradigma alternativo?*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 66: «Esonerando i non musulmani dall'onere di difendere il paese in un momento in cui la guerra aveva carattere religioso, l'Islam aveva sostituito questo dovere con il pagamento di una tassa chiamata, appunto, *jiziah*, dal momento che non si riteneva giusto costringere un cittadino a sacrificare la propria vita per difendere una religione incompatibile con il proprio credo [...]. Tuttavia, una volta che un *dhimmi* (cittadino non musulmano) rinunciava a tale esonero, contribuendo volontariamente alla difesa militare, era esentato dal pagamento della *jiziah*».

[30] Tahir Mahmood, *Premessa. Islam e diritto islamico nei sistemi giuridici del mondo*, cit., p. 66: «Va inoltre osservato come ai *dhimmi* non fu mai precluso attingere al tesoro pubblico, di cui la *zakat* costituisce uno degli elementi essenziali». Cfr., inoltre, Karim Mezran, Ahmad Gianpiero Vincenzo, *op. cit.*, pp. 50-51, i quali sottolineano come determinate interpretazioni letterali del testo coranico abbiano associato la tassazione differenziata prevista per i *dhimmi* a forme di restrizione della libertà e di discriminazione nei confronti delle minoranze non musulmane. Sull'evoluzione della *ijizya* in forma di capitazione esprimente uno stato di soggezione dei *dhimmi*, cfr. Giorgio Vercellin, *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 2002, p. 31 ss.
Sulle funzioni della *jizya* nei diversi contesti storico-geografici dell'Islam, cfr. Sayed Afzal Peerzade, *Jizyah: a misunderstood levy*, in *Journal of King Abdulaziz University. Islamic Economics,* 23, n. 1, 2010, pp. 149-160.

[31] Mohamed Talbi, *op. cit.*, pp. 99-116; Karim Mezran, Ahmad Giampiero Vincenzo, *op. cit.*, p. 47.

pur vero, tuttavia, che il sistema delle differenti comunità basato sul principio generale di libertà confessionale, nelle sue concretizzazioni storiche, ha spesso registrato un sistema di discriminazione delle minoranze religiose e la stessa tassazione differenziata è stata sovente interpretata come forma di sottomissione all'autorità islamica in cambio della protezione garantita della propria libertà[32]. Nondimeno, il modello ideale islamico ricavabile dalla «Carta di Medina», e dalle interpretazioni coraniche meno letterali, appare essere rappresentato dal principio di libertà delle comunità religiose, consistente nella uguaglianza dei fedeli di fronte a Dio e, pertanto, dalla dimensione pluralistica e comunitaria insito nel concetto di libertà nell'Islam.

In tale ottica, non appare pienamente condivisibile la lettura data della libertà religiosa garantita dallo statuto riservato alle minoranze storiche, le cosiddette Genti del Libro, nella «Carta di Medina», intesa come finalizzata a garantire l'unità politica della comunità islamica[33], quasi trasponendo nella visione musulmana quel principio di tolleranza quale *instrumentum regni*, teorizzato dai *politiques* francesi del XVI secolo. Al contrario, si potrebbe affermare che è proprio la libertà religiosa del credente a rappresentare il fondamento del patto costitutivo della prima comunità politica islamica.

La realizzazione nella dimensione sociale e politica dell'essere fedeli a Dio attraverso la propria tradizione religiosa, in altri termini, appare il principio sottostante all'alleanza politica e alla creazione della nuova entità organizzativa retta dalla «Carta di Medina», fondata sulla religione e non sulla territorialità.

Non è un caso, del resto, che è spesso sottolineato soprattutto da studiosi di formazione occidentale il trattamento migliore che le comunità religiose specialmente ebraico-cristiane hanno ricevuto dai governi musulmani rispetto a quello riservato nei territori cristiani alle minoranze musulmane ed ebraiche[34], probabilmente proprio per la rilevanza data alla dimensione pluralistica della libertà religiosa confessionale, e dunque alla preminenza dell'elemento comunitario che è a fondamento della teoria politica islamica, almeno nel mondo classico.

Tale concezione appare rispecchiarsi nella vocazione specifica che assume l'organizzazione politica e la funzione del potere e che contraddistingue

---

[32] Anver M. Emon, *Religious pluralism and Islamic Law: Dhimmis and Others in the Empire of Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2014.

[33] Il crinale di lettura della «Carta di Medina» fin qui seguito mi porta a mettere in discussione l'interpretazione dominante attribuita alla prima realtà politico-sociale islamica riportata, tra gli altri, da Alessandro Ferrari, *Dove va la libertà religiosa: percorsi comuni tra le due sponde del Mediterraneo*, cit., p. 356.

[34] Massimo Campanini, *op. cit.*, p. 48; Hervé Bleuchot, *Minorités, droit musulman et liberté religieuse dans le monde islamique*, in Norbert Rouland (dir.), *Le droit à la différence*, Puam, Aix en Provence, 2002, pp. 145-187.

pertanto la concezione di Stato e la forma di legittimazione delle forme di governo nella visione islamica delle origini. Il modello di Stato, all'interno di una prospettiva inglobante e pervasiva di tutti gli aspetti della vita sociale come quella islamica[35], trova la sua giustificazione nella finalità di garantire ad ogni credente il rispetto dei doveri promananti dalla legge religiosa, ossia di consentire l'obbedienza al volere divino e l'attuazione della normatività del sistema giuridico religioso di appartenenza, che nell'Islam si identifica nella *sharï'a,* mentre per i credenti non islamici è individuato nelle tradizioni specifiche delle altre religioni monoteistiche rivelate.

La stessa concezione dello statuto della *dhimma* quale espressione di protezione, da parte dell'autorità, di un gruppo non musulmano, può assumere l'accezione negativa di tolleranza, intesa come riconoscimento strumentale a fini politici, economici o di difesa, soltanto se si prescinde dalla dimensione essenzialmente religiosa che assume l'organizzazione di governo nell'Islam.

Il concetto di protezione, difatti, in qualche modo, evoca non una mera tolleranza, ma l'impegno di tutela e di promozione della vocazione religiosa dell'uomo che non può che esprimersi nell'appartenenza comunitaria, seppure differente e non corrispondente alla «migliore comunità suscitata tra gli uomini», come recita il versetto 110 della sura III[36], proprio in virtù della concezione antropologica sottesa all'Islam, incentrata non sulla nozione di fedele in quanto mero appartenente ad una specifica tradizione, ma proprio in quanto credente, ossia teso a professare la propria fede nella volontà divina e a realizzarla.

In tal senso, almeno dal punto di vista dei principi spirituali e religiosi, il cosiddetto «patto di protezione» non aveva inizialmente come effetto immediato la sottomissione discriminatoria dei non musulmani alla primazia islamica, ma la garanzia e difesa della libertà e autonomia comunitaria. In altre parole, nei confronti delle comunità non musulmane si sarebbe attuata non una mera tolleranza, di cui il tributo della *jizya* rappresenterebbe il corri-

---

[35] Sul concetto di sovranità e di Stato nell'Islam, cfr. Abdulrahaman Abdulkadir Kurdi, *The Islamic State. A study based on the Islamic Holy Constitution,* Mansell, London, 1984; Panayotis Jerasimof Vatikiotis, *Islam: Stati senza nazioni*, cit., pp. 29-83; Salah Eddine Ben Abid, *La* Sharī'a *fra particolarismi e universalità*, in Silvio Ferrari (a cura di), *L'Islam in Europa*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 41-51; Burhan Ghalioun, *Islam e Islamismo. La modernità tradita*, Editori Riuniti, Roma, 1998; Agostino Cilardo, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano. Le bozze di Intesa tra la Repubblica italiana e le associazioni islamiche italiane*, cit., p. 165 ss.; Sèlim Jahel, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, cit.; Carmela Decaro Bonella, *L'Islam e lo Stato nella storia*, nel vol. Id. (a cura di), *Tradizioni religiose e tradizioni costituzionali. L'Islam e l'Occidente*, Carocci, Roma, 2013, pp. 113-145.

[36] Sul concetto di «*migliore*» nella teologia musulmana, cfr. Frithjof Schuon, *Cristianesimo/Islam. Visioni d'ecumenismo esoterico*, traduzione dal francese di Giorgio Jannaccone, Edizioni Mediterranee, Roma, 2003, p. 103: «[…] per gli Arabi, e forse per tutti i Semiti, il superlativo può indicare non solo quel che è ineguagliato, ma anche ciò che è insuperabile senza essere ineguagliabile».

spettivo[37], ma il riconoscimento del diritto di libertà fondato sul concetto di autonomia e separazione giurisdizionale, quale garanzia di rispetto reciproco e pacifica convivenza. Pertanto, autonomia relativamente ad ingerenze esterne, ma correlata al dovere di non interferenza e non superamento dei limiti pattuiti, di cui il divieto di proselitismo o, se volessimo con qualche forzatura usare un lessico giuridico attuale soprattutto in ambito occidentale, di «ostentazione identitaria», costituiscono gli aspetti più evidenti. Usando le categorie pubblicistiche occidentali, si potrebbe asserire che nella «Carta di Medina» è garantita la libertà religiosa, ma non la eguale libertà, ossia che vi è il principio del riconoscimento della diversità, ma non un vero pluralismo, se a quest'ultimo concetto si dà l'accezione di posizione paritaria sul piano pubblicistico e assiologico delle diverse comunità.

In realtà, è proprio sul principio di pluralismo quale garanzia di libertà che anche nei sistemi democratici occidentali si è incentrato il dibattito tra costituzione formale e costituzione materiale, in relazione proprio alla tutela dei diritti di libertà in materia religiosa. Se per lungo tempo, infatti, la rivendicazione nei confronti dell'autorità si è indirizzata principalmente all'affermazione dell'uguaglianza nei diritti quale forma di legittimazione e consenso alla sovranità, in seguito alle trasformazioni sociali in senso multireligioso e dunque multiculturale appare sempre più evidente che è il riconoscimento della diversità l'istanza primaria al fine della realizzazione in senso pluralistico dei principi di democrazia e libertà. Tuttavia, per limitarci anche soltanto all'ordinamento italiano, la tutela delle specifiche identità e libertà delle confessioni religiose, pur prevista quale espressione di tutela del pluralismo all'art. 8 della Costituzione con il sistema delle intese tra Stato e confessioni diverse dalla cattolica, nella sua reale e concreta attuazione evidenzia una disparità di trattamento tra le confessioni, in quanto si possono registrare tre livelli di regolamentazione giuridica: quella concordataria con la Chiesa cattolica, quella delle confessioni con intesa, e quella delle confessioni senza intesa.

In altri termini, il concetto di pluralismo quale espressione dell'eguale libertà – dove l'accento è posto sulla libertà, mentre l'eguaglianza ne costituisce la qualifica – evidenzia che ciò che ne caratterizza peculiarmente l'accezione è la tutela delle specificità, che in ambito confessionale si declina come autonomia del proprio ordine normativo religioso. Pertanto, appare possibile affermare che il pluralismo religioso, nei sistemi costituzionali, si realizza attraverso la tutela della libertà delle confessioni da ingerenze esterne, pur nel rispetto dei principi comuni e condivisi, e dunque non necessariamente nella stessa e identica posizione giuridica delle diverse comunità o nel loro medesimo ruolo pubblicistico.

---

[37] Giorgio Vercellin, *op. cit.*, p. 31.

La valenza ideale e archetipica della cosiddetta «Carta di Medina» fondata sul principio comune della libertà, seppur articolata in una pluralità di prospettive religiose, se da un lato consente di enucleare nella concezione islamica strutturalmente pluralista il maggiore contributo allo sviluppo della scienza della politica, costituisce, dall'altro, anche il parametro di riferimento per una analisi delle concrete realtà politiche nelle quali l'ideologia di affermazione dei valori islamici si traduce non soltanto in una discriminazione, ma ancor più in una vera e propria intolleranza in difesa della "vera" fede nei confronti di chi professa una fede non islamica, considerato secondo la categoria di infedele e dunque miscredente[38].

4. *Pluralità di Islam o pluralismo islamico?*

La prospettiva pluralistica che è stata finora analizzata relativamente ai rapporti *ad extra*, ossia con i non musulmani, acquista tutta la sua rilevanza se analizzata sul piano non soltanto teologico-politico nei confronti delle altre religioni, ma anche come articolazione interna alla stessa *Umma*. La distinzione tra le diverse interpretazioni delle scuole giuridiche, la dialettica tra *fiqh* e *siyasa,* i metodi interpretativi in senso modernista, fondamentalista, o le ideologie di politicizzazione della religione propri dell'Islam radicale hanno spesso fatto parlare di una pluralità di Islam[39], più che di pluralismo islamico. Probabilmente perché tali analisi appaiono disancorate da una concezione unitiva della molteplicità.

Del resto, l'effetto della globalizzazione ha evidenziato una maggiore ac-

---

[38] Come è stato osservato: «Fin quando il modello classico di Stato islamico è potuto sopravvivere, dall'Impero 'umayyade e 'abbasīde fino a quelli ottomani e moghul, la pace "religiosa" è stata pressoché generale e le persecuzioni assolutamente sconosciute, mentre con la fine dei rispettivi Stati», in seguito alla colonizzazione o all'influsso di Paesi europei, «sono ovunque scoppiati conflitti interetnici spesso a carattere "religioso"», come quello tra Drusi e Maroniti nel 1860 in Libano; il massacro degli Armeni in Anatolia dopo la deposizione del califfo Abd al-Hamid nel 1908; il primo scontro tra indù e musulmani avvenne in seguito alla rivolta contro gli inglesi del 1857 con la caduta dello Stato moghul. La citazione tratta da Ahmad Vincenzo, *Islamica. Crisi e rinnovamento di una civiltà*, cit., p. 76; Karim Mezran, Ahmad Giampiero Vincenzo, *op. cit*., p. 50. Sul pluralismo inteso come diversità di tradizioni interpretative, cfr. Roberta Aluffi Beck Peccoz, *Islam: unità e pluralità*, in Silvio Ferrari (a cura di), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 53-66. Sul pluralismo inteso come differenziazione del messaggio religioso nelle diverse realtà socio-culturali dove l'Islam si è diffuso, cfr. Enzo Pace, *Sociologia dell'Islam. Fenomeni religiosi e logiche sociali*, Carocci, Roma, 2002, p. 191 ss.

[39] Henri Laoust, *Pluralismes dans l'Islam*, Geuthner, Paris, 1983; Marc Gaborieau, *Les islams*, in *Questions internationales*, 21, 2006, pp. 6-12; Antoine Sfeir, *Les islamismes d'hier à aujourd'hui*, Ligens et Repères, Paris, 2007; H. Patrick Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, traduzione ed edizione italiana cura di Sergio Ferlito (ed. or. *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law. Fourth Edition*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010), Il Mulino, Bologna, 2011, p. 357 ss.

centuazione dello stesso pluralismo della società civile nei Paesi islamici, che in molti casi si è tradotto in un' istanza sempre più crescente di concreta libertà di pensiero e di scelta tra opzioni di valore che trovano il loro principio unitivo nella tutela dei diritti fondamentali.

Il processo di statalizzazione dell'Islam ha, in alcuni casi, portato ad un'ideologizzazione dell'ordine pubblico da parte di regimi autoritari, nazionalisti, o ancor più spiccatamente laici, che tenderebbero a trasformare la libertà religiosa in libertà dalla religione[40], o ad attuare una politica rigidamente giurisdizionalista rispetto alle componenti sociali marcatamente religiose. Al contrario, il tentativo di attuazione di un'islamizzazione dello Stato sulla base di un'interpretazione positivistica della *shari'a*[41] tende ad esasperare gli aspetti discriminatori nei confronti non solo delle minoranze religiose non musulmane, ma anche delle stesse correnti islamiche non riconosciute come ortodosse, al fine della restaurazione della purezza dell'Islam. I due fenomeni – statalizzazione dell'Islam e islamizzazione dello Stato – sebbene possono sembrare contrastanti evidenziano, tuttavia, la stessa aspirazione ad un modello di costituzione formale capace di imporre il primato del diritto statale e dei cosiddetti principi fondatori rispetto ad una tradizione materialmente pluralista della società islamica.

In altri termini, appare possibile affermare che la concezione monistica di valori accentrati sul primato dello Stato e del suo apparato politico-amministrativo evidenzia la sua debolezza, o meglio la sua ambiguità, in un contesto come quello della società islamica, caratterizzata essenzialmente da una concezione pluralistica sia esterna che interna. Lo stesso rinnovato costituzionalismo musulmano, con i tentativi di confessionalizzazione della società, mostra la sostanziale inefficacia a guidare una concreta transizione in senso democratico dei propri Paesi, probabilmente appunto perché, in quanto espressione di un processo di inculturazione di modelli occidentali[42], è utilizzato come strumento giuspolitico per promuovere l'uniformità e l'interesse esclusivo e totalizzante dell'Islam, compromettendo proprio la tutela della diversità nell'unità che è il carattere più significativo ed essenziale del mondo musulmano.

---

[40] Karim Mezran, Ahmad Giampiero Vincenzo, *op. cit.*, p. 52.

[41] Panayotis Jerasinov Vatikiotis, *op. cit.*, soprattutto p. 149 ss.; Alessandro Ferrari, *op. cit.*, p. 363 ss. e 367. Cfr., inoltre, Tahir Mahmood, *Premessa. Islam e diritto islamico nei sistemi giuridici del mondo*, cit., pp. 29-42.

[42] Per un quadro di sintesi, cfr. Wael B. Hallaq, *Introduzione al diritto islamico*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 113 ss. Sull'influenza della cultura costituzionale occidentale nella redazione delle nuove costituzioni degli Stati islamici, cfr. Emilio Castorina, *Sovranità popolare e "consenso": l'influenza dei modelli occidentali ed i recenti sviluppi del costituzionalismo islamico*, in Nunzio Capizzi, Orazio Condorelli (a cura di), *Processi di formazione del consenso*, *Quaderni di Synaxis*, 30, Grafiser, Troina, 2013, pp. 183-202.

Tribunali religiosi e tribunale arbitrale: l'offerta «giudiziaria» islamica in Inghilterra

Carlo De Angelo

I musulmani in Gran Bretagna

Attualmente l'islam costituisce, dopo il cristianesimo, la religione maggiormente professata nel Regno Unito; questo almeno è quello che risulta dall'analisi dei dati che sono emersi dall'ultimo censimento, quello effettuato nel 2011.

In Inghilterra e nel Galles vivono complessivamente 2,7 milioni di musulmani (1.200.000 in più rispetto al 2001), pari al 4,8% della popolazione (con un aumento dell'1,8% rispetto al censimento del 2001)[1]. Questo aumento è dovuto principalmente all'immigrazione e alle conversioni. In effetti, nel decennio 2001-2011, la popolazione inglese e gallese è cresciuta del 7,8%, arrivando a contare 56,1 milioni di abitanti, 4 in più rispetto al 2001. Di questi 4 milioni, però, 2,9 arrivano dall'estero, inclusi alcuni paesi islamici, come il Pakistan (482.000 arrivi - 0,9%) e la Nigeria (191.000 arrivi - 0,3%), o quelli con una corposa popolazione musulmana, come l'India (694.000 arrivi - 1,2%)[2]. Precisamente, nel periodo compreso fra il 2001 e il 2011, sono arrivati in Inghilterra e nel Galles 599.000 musulmani, che vanno ad aggiungersi agli 828.000 arrivati prima del 2001; quindi, il totale dei musulmani provenienti dall'estero è pari a 1,4 milioni, ovvero il 53% dell'intera popolazione musulmana delle due nazioni che stiamo considerando. Il re-

---

[1] Office for National Statistics, *Religion in England and Wales 2011*, 11 December 2012, pp. 1-3. È stato fatto notare, però, che il numero dei musulmani che realmente vive in Inghilterra e nel Galles potrebbe essere molto più alto di quello che è emerso dal censimento. In effetti, i censiti non avevano l'obbligo di rispondere al quesito relativo all'appartenenza religiosa, tant'è vero che il 7,2% di essi non lo ha fatto. Soeren Kern, *Islam: Fastest-Growing Religion in Britain*, December 18, 2012, in http://www.gatestoneinstitute.org/3500/islam-growing-religion-britain.

[2] Office for National Statistics, *International Migrants in England and Wales 2011*, 11 December 2012.

stante 47% di quest'ultima è composto invece da quei musulmani che sono nati sul suolo inglese e gallese, 560.000 dei quali sono nati nel decennio che è intercorso fra gli ultimi due censimenti[3]. Oltre ai nuovi immigrati e ai figli di quelli che sono arrivati in passato (oramai giunti alla terza generazione), i musulmani dell'Inghilterra e del Galles comprendono anche una discreta quantità di convertiti, circa 100.000[4]. Sul versante etnico, i due terzi dei musulmani residenti in Inghilterra e nel Galles, esattamente il 68%, è di origine asiatica, soprattutto pakistana (38% - più di 1 milione) e bengalese (15% - 402.000)[5]. Sul piano economico, i musulmani costituiscono la comunità all'interno della quale è stato registrato il più alto tasso di disoccupazione, dovuto probabilmente al fatto che molti di essi sono studenti (30%)[6] o dediti alla cura della casa e della famiglia (31%)[7]. Quanto alla pratica religiosa, infine, l'80% della popolazione musulmana sarebbe «osservante»[8].

Per quanto riguarda, invece, i seguaci di Allah che vivono nelle altre nazioni del Regno Unito, vale a dire la Scozia e l'Irlanda del Nord, essi sono rispettivamente 77.000, pari all'1,4% della popolazione[9], e 3.832, pari allo 0,21% della popolazione[10].

Le richieste di applicazione del diritto islamico

Nel 2006 è stata condotta la prima e unica ricerca empirica sull'intensità dell'identità religiosa dei musulmani in Gran Bretagna. Da questa analisi è emerso che i seguaci di Allah tendono ad assimilarsi di meno e molto più lentamente rispetto a quelli che appartengono ad altre fedi religiose. In generale, se è vero che i figli degli immigrati, quelli che compongono la cosiddetta seconda generazione, mostrano un livello di attaccamento alla propria

---

[3] Office for National Statistics, *Fully: What does the Census tell us about religion in 2011*, 16 May 2013, p. 10.

[4] Kevin Brice, *A minority within a minority: A report on converts to Islam in United Kingdom*, On Behalf of Faith Matters, 2010.

[5] Office for National Statistics, *Fully: What does the Census tell us about religion in 2011*, cit., p. 7.

[6] In effetti il 30 % dei musulmani inglesi e gallesi ha un'età inferiore ai 25 anni. *Ivi*, p. 2.

[7] *Ivi*, pp. 12-15.

[8] Dilwar Hussain - Seàn McLoughlin, *United Kingdom*, in Jørgen Nielsen, Samim Akgönül, Ahmet Alibašic - Egdunas Racius (eds.), *Yearbook of Muslims in Europe*, Brill, Leiden, 2013, vol. V, p. 681.

[9] National Records of Scotland, *2011 Census: Key Results on Population, Ethnicity, Identity, Language, Religion, Health, Housing and Accommodation in Scotland - Release 2A*, 26 September 2013, p. 31.

[10] http://www.cso.ie/multiquicktables/quickTables.aspx?id=cd702.

religione inferiore rispetto a quello manifestato dalla famiglia di origine, è ugualmente vero che nel caso dei musulmani questo scarto è meno evidente. Tendenzialmente, il legame con la religione di appartenenza tende ad avere un andamento inversamente proporzionale al numero degli anni trascorsi in Gran Bretagna, ma nel caso dei non musulmani l'annacquamento della propria identità religiosa è tre volte superiore rispetto ai credenti di fede islamica. Infatti, un musulmano che è nato e vissuto nel Regno Unito per più di cinquanta anni ha un'identità religiosa forte quanto quella di un immigrato non musulmano di prima generazione che risiede in quel Paese da meno di venti anni[11].

Il forte attaccamento che i musulmani britannici mostrano nei confronti della loro religione costituisce la ragione per la quale una parte di essi rivendica la libertà di ottemperare all'obbligo che l'islam impone ai credenti di rispettare le regole che da essa discendono, ovunque essi si trovino, anche nei territori non islamici[12]. Tale rivendicazione sembra trovare conferma nei risultati emersi da un'indagine condotta dall'ICM Research, per conto del *Sunday Telegraph*, nel febbraio del 2006, secondo i quali il 40% dei musulmani intervistati è favorevole all'introduzione della *shari'a*[13] nelle zone della Gran Bretagna ad alta intensità islamica[14]. L'anno dopo la percentuale scende al 28%, almeno stando al discusso rapporto elaborato dai ricercatori del Policy Exchange, intitolato *Living Apart Togheter: British Muslims and Paradox of Multiculturalism*[15]. Dunque, negli ultimi anni, almeno tre musulmani su dieci hanno mostrato la volontà di voler perseverare nel rispetto dei precetti islamici, soprattutto quelli che concernono la famiglia.

In generale, la possibilità di poter applicare alcune regole del diritto di famiglia islamico è stata, fin dagli anni Settanta del secolo scorso, oggetto di ripetute rivendicazioni da parte di alcune componenti della comunità islamica in occidente, che hanno dimostrato in tal modo la precisa volontà di volersi sottrarre al processo di assimilazione giuridica. Alla base dell'assunzione di tale posizione non è difficile scorgere l'influenza degli avvenimenti che in quel periodo attraversavano i principali paesi a maggioranza islamica.

---

[11] Alberto Bisin, Eleonora Patacchini, Thierry Verdier, Yves Zenou, *Are Muslim Immigrants Different in Terms of Cultural Integration?*, IZA Discussion Paper No. 3006, August 2007.

[12] Bustami Mohamed Khir, "The Right of Women to No-Fault Divorce in Islam and Its Application by British Muslims", in *Islam and Christian-Muslim Relation*, XVII (2006), n. 3, p. 302.

[13] La traslitterazione dei termini arabi è stata semplificata per ragioni editoriali.

[14] I risultati del sondaggio possono essere scaricati dal seguente sito: http://www.icmresearch.com/pdfs/2006_february_sunday_telegraph_muslims_poll.pdf.

[15] Il rapporto può essere scaricato dal seguente sito: http://www.policyexchange.org.uk/ima-ges/publications/living%20apart%20together%20-%20jan%2007.pdf.

In effetti, il fenomeno del cosiddetto "ritorno all'islam", che a partire proprio da quel momento è andato diffondendosi in tutto il mondo islamico[16], ha avuto un'eco anche tra le minoranze musulmane in occidente, per le quali ha funto da ulteriore stimolo alla preservazione della propria identità, e dunque alla promozione di azioni volte a tutelare gli ambiti nei quali si sostanzia e attraverso cui si manifesta, *in primis* la famiglia. Infatti, tale incentivo si è tradotto, in alcuni casi, nella richiesta di riconoscimento dello statuto personale, nella proposta cioè di demandare alle regole del diritto islamico la disciplina di tutte le fattispecie che ruotano intorno alla formazione, all'estinzione e alla gestione dei legami familiari, sottraendola, di fatto, alla normativa statale[17].

Tale istanza si è concretizzata, a livello europeo[18], nella sola azione posta in essere dall'*Union of Muslim Organizations* (UMO) della Gran Bretagna e dell'Irlanda del Nord[19], che, dopo il convegno di Birmingham del 1975, ha esplicitamente sollecitato le autorità britanniche competenti a valutare l'ipotesi di applicare ai musulmani del Regno Unito il diritto di famiglia islamico; tale invito, supportato da 150 organizzazioni islamiche, è stato reiterato più volte (1989, 1996), senza essere mai oggetto di considerazione da parte degli esponenti del governo che nel corso degli anni si sono succeduti[20].

---

[16] Biancamaria Scarcia Amoretti, *Il mondo musulmano. Quindici secoli di storia*, Carocci, Roma, 2001, pp. 236-238; William Montgomery Watt, *Breve storia dell'Islam*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 118-119; Barbara De Poli, *I musulmani nel terzo millennio. Laicità e secolarizzazione nel mondo islamico*, Carocci, Roma, 2007, pp. 50-53.

[17] Fikret. Karcic, "Applying the Shari'ah in Modern Societies: Main Developments and Issues", in *Islamic Studies*, XL (2001), n. 2, p. 218.

[18] Fuori dall'Europa, durante lo stesso periodo, la richiesta di applicazione dello statuto personale è stata avanzata in Australia e in Canada. Pervaiz Ahmad Buttar, "Muslim Personal Law in Western Countries: The Case of Australia", in *Journal of Muslim Minority Affairs*, VI (1985), n. 2, pp. 271-282; Syed Mumtaz Ali - Enab Whitehouse, "The Reconstruction of the Constitution and the Case for Muslim Personal Law in Canada", in *Journal of Muslim Minority Affairs*, XIII (1992), n. 1, pp. 156-172.

[19] L'UMO è stata fondata a Londra, nel 1970, da Syed Abdul-Aziz Pasha, che ne è anche il segretario generale; nel 2005 riuniva 215 organizzazioni. La sede dell'organizzazione è rimasta a Londra. Cfr. Elham Asaad Buaras, *14 Muslims recognised in New Years Honours*, *"The Muslim News"*, 21 January 2005.

[20] Sebastian Poulter, *The Claim to a Separate Islamic System of Personal Law for British Muslim*, in Chibli Mallat - Jane Connors (eds.), *Islamic Family Law*, Graham & Trotman, London, 1990, pp. 147-165; Jørgen Nielsen, *Emerging Claims of Muslim Populations in Matters of Family Law in Europe*, CSIC Papers n. 10, 1993, p. 1; Id., *Il diritto familiare nelle rivendicazioni delle popolazioni musulmane in Europa*, in AA.VV., *I musulmani nella società europea*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1994, pp. 79-89; Anthony Bradney, *Lo statuto giuridico dell'Islam nel Regno Unito*, in Silvio Ferrari (a cura di), *L'Islam in Europa*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 182-183; Ihsan Yilmaz, "Law as Chamaleon: The Question of Incorporation of Muslim Personal Law into the English Law", in *Journal of Muslim Minority Affairs*, XXI (2001), n. 2, pp. 296-308; Id.,

La richiesta di applicare lo statuto personale ha trovato un fattore propulsivo non soltanto nelle spinte provenienti dall'alto, rappresentate appunto dalle esplicite istanze che in tal senso sono state avanzate dai *leader* di alcune organizzazioni islamiche, ma anche da quelle originate dal basso, cioè dalla volontà manifestata da non pochi musulmani di voler tenere una condotta islamicamente tarata, fedele al modello di comportamento desumibile dalle fonti dell'islam. Questa tendenza trova un evidente riscontro nel diffuso fenomeno del *limping marriage*. Tale espressione indica quel limbo in cui si vengono a trovare quelle musulmane che, pur avendo ottenuto una sentenza di divorzio pronunciata da un tribunale civile, continuano a considerarsi sposate fino a quando il vincolo coniugale non viene sciolto secondo una delle forme previste dal diritto islamico: la separazione dei coniugi avvenuta nel rispetto delle regole islamiche costituisce, agli occhi delle credenti, e a quelli dei membri della comunità di appartenenza, la *conditio sine qua non* per poter riacquistare lo stato civile richiesto dalle regole religiose per potersi validamente risposare[21].

I tribunali religiosi

Il mancato riconoscimento da parte delle istituzioni britanniche delle istanze avanzate dai musulmani in merito all'applicazione delle regole del loro statuto personale, unito all'obbligo imposto ai seguaci di Allah che si trovano in condizione di minoranza di scegliere quei credenti che, per il grado di conoscenza della legge religiosa, siano in grado di aiutarli a risolverne

"The challenge of post-modern legality and Muslim legal pluralism in England, in *Journal of Ethnic and Migration Studies,* XXVIII (2002), n. 2, pp. 343-354; Hisham Hellyer, "British Muslim: Past, Present and Future", in *The Muslim World*, XCVII (2007), n. 2, pp. 225-258; Richard Freeland - Marthin Lau, *The Shari'a and English Law: Identity and Justice for British Muslims*, in Asifa Quraishi - Frank Vogel (eds), *The Islamic Marriage Contract. Case Studies in Islamic Family Law*, Harvard University Press, Cambridge (Massachussetts), 2008, pp. 331, 340-341; Giancarlo Anello, "«Fratture culturali» e «terapie giuridiche». Un percorso giurisprudenziale tra multiculturalità e soluzioni interculturali", in *Stato, Chiese e pluralism confessionale*, (2009), pp. 8-9; Eleni Velivasski, *Operating religious minority legal orders in Greece and in the UK: A comparison of the Mufti Office of Komotini and the Islamic Shari'a Council in London*, UNILU Center for Comparative Constitutional Law and Religion, Working Paper Series, WP 04/13, 2013, p. 14.

[21] Jørgen Nielsen, *Emerging Claims of Muslim Populations in Matters of Family Law in Europe*, cit., p. 5; Zaki. Badawi, *Muslim Justice in a Secular State*, in Michael King (ed.), *God's Law versus State Law. The Construction of an Islamic Identity in Western Europe*, Grey Seal, London, 1995, pp. 77-78; Werner Menski, "Muslim Law in Britain", in *Journal of Asian and African Studies*, LXIX (2001), pp. 149, 155-156.

le dispute[22], hanno determinato, durante gli anni Ottanta del secolo scorso, la nascita di alcuni tribunali religiosi islamici[23], paralleli a quelli civili[24], cui i credenti che lo desiderano possono ricorrere per risolvere, alla luce del diritto islamico, le loro controversie, specie quelle connesse al diritto di famiglia[25]. Queste istituzioni sono andate ad affiancare, e in parte a sostituire, quegli *imam* che fino a quel momento si erano fatto carico, singolarmente, di risolvere le fattispecie connesse all'istituto familiare, dalle quali, spesso, venivano completamente assorbiti[26].

Secondo Bowen la nascita dei tribunali religiosi islamici sarebbe da ricondurre, oltre a le ragioni sopra indicate, alla *concentration* e alla *legitimacy* che connotano l'azione delle comunità musulmane della Gran Bretagna[27]. Per *concentration* egli intende la circostanza per la quale "*Muslims living in Britain today tend to live in neighborhoods with other Muslims who came from the same places in Bangladesh, Pakistan, or India; who continue the use of home-country languages; and follow religious teaching of those places*"[28]. Con il termine *legitimacy*, invece, Bowen mira a evidenziare la capacità dei musulmani di aver saputo cogliere l'opportunità che la Gran Bretagna, essendo "*a society that is relatively willing to grant a legitimate legal role to religious organizations*", ha offerto loro di potersi lecitamente dotare delle strutture di cui essi necessitano per soddisfare i propri bisogni religiosi[29], comprese le istituzioni giudiziarie informali.

I tribunali religiosi islamici, non avendo ottenuto alcun riconoscimento da parte dello Stato, operano ufficiosamente; perciò, i verdetti che essi emet-

---

[22] Zaki. Badawi, *Muslim Justice in a Secular State*, cit., p. 77; Sonia Nûrîn Shah-Kazemi, *Untying the Knot. Muslim. Women, Divorce and the Shariah*, The Nullified Foundation, s.l., 2001, p. 9.

[23] Questa espressione è stata utilizzata per rendere quella inglese di *Shari'a Council* che ricorre quasi sempre nella denominazione che è stata adottata dai musulmani per indicare le istituzioni «giudiziarie» religiose cui essi hanno dato vita.

[24] Samia Bano, "Islamic Family Arbitration, Justice and Human Rights in Britain", in *Law, Social Justice & Global Development Journal* (2007), n. 1, p. 14; Ihsan Yilmaz, "Muslim Alternative Dispute Resolution", cit., p. 122.

[25] La soluzione delle controversie familiari non è l'unica attività esercitata dai tribunali religiosi islamici; essi, infatti, sono soliti offrire anche un *fatwa service*, ovvero emettono dei responsi (*fatawa*, sing. *fatwa*) con i quali rispondono ai quesiti religiosi che i credenti pongono loro.

[26] Samia Bano, "Islamic Family Arbitration, Justice and Human Rights in Britain", cit., p. 11; Gary Bunt, "Decision-Making Concerns in British Islamic Environment", in *Islam and Christian-Muslim Relations*, IX (1998), n. 1, pp. 104-106.

[27] John Bowen, "Islamic Adaptations to western Europe and north America: The Importance of Contrastive Analyses", in *American Behavioral Scientist*, LV (2011), n. 2, p. 1064.

[28] *Ibidem*.

[29] *Ivi*, p. 1065.

tono non hanno alcuna valenza per il diritto di quest'ultimo e non possono essere invocati dinanzi a un tribunale civile[30]: "*Islamic Shari'a Councils are not really courts of law in the proper sense of the word, since although their members can make decisions and recommendations, they have no powers of enforcement*"[31]. Tali decisioni, dunque, "*are not binding and as such, rely solely on the goodwill of the parties to agree to follow [them]*"[32]. Pertanto, l'operato dei tribunali religiosi islamici trae la propria legittimazione dalla sola volontà del credente, che ad essi si rivolge, di voler rispettare le regole che discendono dalla religione che professa, in caso contrario, infatti, "*he feels that he is failing a religious duty. He will not feel at peace with his conscience or the environment in which he lives*"[33]. Da questo punto di vista i musulmani e gli ebrei britannici non sono molto diversi fra di loro; infatti, secondo Jonathan Greenwood, un avvocato che opera presso il tribunale rabbinico (Beth Din) di Londra, gli ebrei "*believe it is a religious obligation to go there [al tribunale rabbinico] rather than the secular courts*"[34]. Per essi, inoltre, "*the Beth Din's religious rulings are often seen as religiously and moral binding – some members of the Jewish communities seek a religious divorce, for example, because they feel it is necessary to maintain a sense of honour within their community*"[35].

Alle «corti islamiche» non è stata quindi attribuita nessuna autonomia

---

[30] John Bowen, "How Could English Courts Recognize Shariah?", in *University of St. Thomas Law Journal*, VII (2010), n. 3, pp. 412-413; Gillian Douglas, Norman Doe, Sophie Gilliat-Ray, Russell Sandberg, Asma Khan, *Social Cohesion and Civil Law: Marriage, Divorce and Religious Courts*, Cardiff University, 2011, pp. 44, 48; Mathias Rohe, *Alternative Dispute Resolution in Europe under the Auspices of Religious Norms*, RELIGARE Working Paper No. 6 / January 2011, p. 5; Bilal Choksi, "Religious Arbitration in Ontario: Making the Case Based on the British Example of the Muslim Arbitration Tribunal", in *Journal of International Law*, XXXIII (2012), n. 3, p. 811; Julia Halloran McLaughlin, "Tacking Religion out of Civil Divorce", in *Rutgers Law Review*, LXV (2013), n. 2, p. 412; Elin Velivasski, *Operating religious minority legal orders in Greece and in the UK*, cit., p. 15; Micheal Broyde, Ira Bedvoz - Shlomo Pill, "The Pillars of Successful Religious Arbitration: Models for American Islamic Arbitration Based on the Beth Din of America and Muslim Arbitration Tribunal Experience", in *Harvard Journal on Racial & Ethnic Justice*, (2014), n. 30, pp. 36-37.

[31] Ahmad Thomson, *An insight into the work of Islamic Shari'a Council*, paper presentato alla Family Law Conference - The sacred and the secular: religion, culture and and the family courts, 29 October 2013, p. 2.

[32] The Legal Advisor Network, *Muslim Arbitration Tribunal*, paper presentato al terzo meeting del Centre for Law and Religion, Cardiff University, January 19, 2009, p. 1. Il testo è disponibile al seguente indirizzo: http://www.law.cf.ac.uk/clr/networks/Muslim%20Arbitration%20Tribunal.pdf.

[33] Jørgen Nielsen, *An Early Discussion on Islamic Family Law in the English jurisdiction*, in Maurits Berger (ed. by), *Applying Shari'a in the West. Fact, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in the West*, Leiden University Press, Leiden, 2013, p. 79.

[34] *The Beth Din. Jewish Courts in the UK*, London, The Centre for Social Cohesion, 2009, p. 7.

[35] *Ivi*, p. 2.

giudiziale. Su questo punto le autorità governative si sono mostrate irremovibili. Nel 2008, per esempio, il sottosegretario alla giustizia, Bridget Prentice, affermò, rispondendo a un'interrogazione parlamentare, che "*Shari'a law has no jurisdiction in England and Wales and there is no intention to change this position*"[36]. Lo steso trattamento è stato riservato anche al Beth Din, quando veste i panni di tribunale religioso[37].

I primi due tribunali islamici religiosi a essere stati istituiti sono l'*Islamic Shari'a Council* (ISC) e il *Muslim Law* (*Shariah) Council* (MLSC), entrambi con sede a Londra[38].

L'ISC è il primo tribunale islamico che ha visto la luce nel Regno Unito e in tutta l'Europa occidentale, grazie soprattutto al contributo di Sayyed Mutawalli Ad-Darsh[39] (m. 1997) e Suhaib Hasan (attuale segretario del *Council*)[40]. La sua istituzione risale al 1982, quando un gruppo di dotti, in rappresentanza delle principali scuole giuridiche islamiche, decise, nel corso di una riunione che si tenne presso la moschea centrale di Birmingham, di darvi vita. Con la costituzione del *Council*, essi intendevano porre rimedio all'acuto "*sense of alienation felt by many Muslims, when it comes to solving their personal problems*"[41]; lo strumento per il raggiungimento di un tale obiettivo fu individuato nella creazione di "*a bench of ulama' who would function as Qadis [giudici] in matters such as matrimonial disputes that were referred to them*"[42]. Infatti, l'ISC si definisce "*a quasi Islamic Court*, *not legally recognizied*", che "*was formed to solve the matrimonial problems of Muslims living in the United Kingdom in the light of Islamic family law*"[43]. Questa

---

[36] L'interrogazione parlamentare e la relativa risposta possono essere lette al seguente indirizzo: http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmhansrd/cm081023/text/81023w0020.htm.

[37] Infatti, come vedremo a breve, il Beth Din londinese opera anche come tribunale arbitrale, emettendo dei lodi che, se conformi all'*English Arbitration Act 1996*, sono riconosciuti dal diritto nazionale (inglese, gallese e nord-irlandese).

[38] In Inghilterra altri "tribunali" si trovano nelle città con un'alta percentuale di popolazione musulmana, come Birmingham (190.000), Bradford (129,041), Manchester (70.000); alcuni *shari'a council*, tuttavia, sono presenti anche nelle piccole città, come nel caso di Dewsbury, dove si trova lo *Sharee Council Deswbury*.

[39] Per un'analisi del pensiero di questo dotto, si veda Gerard Wiegers, *Dr Sayyid Mutwalli ad-Darsh's* fatwas *for Muslims in Britain: The Voice of Official Islam?*, in Gerard MacLean (ed. by), *Britain and the Muslim World: Historical Perspectives*, Cambridge Scholar Publishing, Newcastle, 2011, pp. 178-191.

[40] http://test.islamic-sharia.org/?page_id=261.

[41] Richard Freeland - Martin Lau, *The Shari'a and English Law: Identity and Justice for British Muslims*, cit., p. 343; http://www.islamic-sharia.org/aboutus/.

[42] http://test.islamic-sharia.org/?page_id=261.

[43] http://www.islamic-sharia.org/aboutus/.

affermazione, implicitamente, indica i limiti *ratione materiae* del Consiglio. Quest'ultimo, in effetti, rivendica esclusivamente la competenza a dirimere le dispute connesse ai matrimoni che sono stati stipulati secondo le regole del diritto religioso; l'ISC esclude, di conseguenza, ogni suo coinvolgimento nelle controversie relative al matrimonio concluso secondo il rito civile, per la soluzione delle quali rimanda agli organi statali giurisdizionalmente competenti[44]. Dal mese di aprile del 2002, gli '*ulama'* del *Council* hanno discusso circa 4.500 casi[45], la maggioranza dei quali ha per oggetto la richiesta di scioglimento del vincolo coniugale proveniente, in larga parte, dalle donne[46]. La maggiore frequenza con cui queste ultime si rivolgono ai tribunali religiosi si spiega in ragione della asimmetria che, in materia di scioglimento del vincolo coniugale, esiste fra uomini e donne. Infatti, i mariti, esercitando il diritto di ripudio che viene loro riconosciuto, possono autonomamente e liberamente porre fine al matrimonio; le mogli, invece, per chiudere il rapporto di coniugio, devono ottenere il consenso del marito o, in mancanza di quest'ultimo, rivolgersi all'«autorità» religiosa. Le regole del diritto di famiglia che l'ISC applica per risolvere i casi che gli vengono presentati sono quelle elaborate dalle scuole giuridiche sunnite.

Nell'ottobre del 1985 è nato il *Muslim Law* (*Shariah) Council* (MLSC)[47]. Non diversamente dall'ISC, anche questo Consiglio "*was formed to resolve a variety of disputes and issues faced by the Muslim Community. Issues inclu-*

---

[44] Non è un caso, del resto, che i dotti di alcuni tribunali religiosi islamici consiglino ai loro fratelli di fede di provvedere a un duplice matrimonio, uno civile e uno religioso, oppure a un unico matrimonio che sia valido per entrambi gli ordinamenti, obiettivo quest'ultimo al quale essi possono pervenire solo «celebrando» le nozze in un *registered building*. Si tratta di "*a place of religious worship that has been officially registered for marriages by the Registrar General for England and Wales. This includes […] a Mosque. […] Therefore, provided that a mosque is registered […],the couple […] can have a perfectly valid Muslim ceremony at mosque, and they will get a marriage certificate at the end of it. There is then no need to have a civil marriage*". General Register Office, *Getting Married in England and in Wales*, in https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/347609/357c_V3.pdf. Sulla registrazione del matrimonio islamico si veda Emily Thompson - Soniya Yunus, "Choice of Laws or Choice of Culture: How Western Nations Treat the Islamic Marriage Contract in Domestic Courts", in *Wisconsin International law Journal*, XXV (2007), n. 2, p. 389; Prakash Shah, *Judging Muslims*, in Robin Griffith-Jones (ed. by), *Islam and English Law. Rights, Responsibilities and the Place of Sharia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 148-152.

[45] http://www.islamic-sharia.org/aboutus/.

[46] Nel 2010 il Consiglio ha ricevuto 700 richieste di scioglimento del matrimonio, 584 delle quali sono state presentate da donne; nel 2011, invece, a chiedere la separazione sono state 439 mogli e 132 mariti. Cfr. http://www.islamic-sharia.org/statistics/.

[47] Richard Freeland - Martin Lau, *The Shari'a and English Law: Identity and Justice for British Muslims*, cit., p. 343; Werner Menski, "Muslim Law in Britain", cit., pp. 154-155; Ihsan Yilmaz, "Law as Chamaleon: The Question of Incorporation of Muslim Personal Law into the English Law", cit., p. 303.

de: Marriage, Divorce, Mediation, Judicial deliberation and Conciliation"[48]. In sordina e lentamente, le attività del MLSC sono iniziate nel 1978, per opera di Zaki Badawi (m. 2006) e di alcuni *imam* che cooperavano con lui quando dirigeva il Centro islamico di Regent's Park. Fu solo quando Badawi abbandonò quest'ultimo incarico, nei primi anni Ottanta del secolo appena passato, che il Consiglio assunse le fattezze e l'operatività di una vera istituzione. Riunendosi trimestralmente, i membri di quest'ultima (21 fra dotti, *imam*, '*ulama'* e avvocati), sia sunniti sia sciiti, provenienti da tutto il Regno Unito, lavorano per trovare una risposta ai casi che gli attori, dopo aver espletato una specifica procedura, sottopongono alla loro attenzione. A rivolgersi al MLSC sono quasi sempre donne che intendono porre fine al vincolo coniugale che le lega ai propri mariti. Ben tremila sono, infatti, le richieste di intervento che sono pervenute al Consiglio, molte delle quali attinenti a "*social, family and matrimonial issues*", provenienti da tutto il territorio nazionale e, in alcuni casi, da altri paesi europei dove non esistono istituzioni che svolgano funzioni analoghe a quelle del MSLC[49]. Nella soluzione delle controversie, il *Council* ricorre al metodo eclettico, esso cioè non è ancorato a nessuna scuola giuridica in particolare, preferendo attingere dall'intero patrimonio giuridico appartenente a ciascuna di esse.

Come si è sopra accennato, la maggior parte dei casi che arrivano sul tavolo dell'ISC e del MLSC riguarda la richiesta delle donne di sciogliere il vincolo coniugale. Per soddisfare tale istanza i tribunali ricorrono al *khul'*, vale a dire quell'istituto giuridico islamico in virtù del quale una donna può chiedere al marito di ripudiarla, offrendogli in cambio la restituzione del donativo nuziale (*mahr*) che ha da lui ricevuto, o, nel caso in cui il marito non glielo abbia ancora pagato, di rinunciare a riceverlo[50]. Il marito però ha la facoltà di accettare o meno tale richiesta; solo nel caso in cui l'accetti sarà possibile porre fine al vincolo coniugale[51]. Tuttavia, come vedremo tra breve, lo scioglimento del matrimonio mediante *khul'* viene «sentenziato»

---

[48] http://www.shariahcouncil.org/?page_id=23.

[49] *Ibidem*.

[50] Sul *khul'* si veda Nadia Sonneveld, "The Implementation of the "Khul' Law" in Egyptian Courts. Some Preliminary Results", in *Recht van de Islam*, (2004), n. 21, pp. 21-35; Mida Zantout, *Khul': Between Past and Present*, Islamic Law and Law of the Muslim World Paper 08-14, (July 1, 2006) disponibile al seguente indirizzo http://ssrn.com/abstract=1094367; Corinne Fortier, "Le droit au divorce des femmes (khul') en islam : pratiques différentielles en Mauritanie et en Égypte", in *Droit et Cultures*, (2010), n. 59, pp. 59-83; Ashraf Booley, "Divorce and the law of khul: A Type of no fault divorce found within an Islamic legal framework", in *Law, Democracy & Development*, (2014), n. 18, pp. 37-57.

[51] Judith Tucker, *Women, Family, and Gender in Islamic Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 98-99.

dai *Council* anche contro il volere del marito, ovviando in tal modo alla situazione posta in essere da quegli uomini "*who wish to punish their wives by abandoning them and yet refusing to release them from their nikah contract*"[52]. In verità, il rapporto di coniugio sciolto in tal modo, senza cioè il consenso del marito, ci sembra inquadrabile non tanto nel *khul'*, quanto nell'autorizzazione che il giudice, una volta appurato che il marito non provveda al mantenimento della moglie, conferisce a quest'ultima affinché possa "dar ripudio a sè stessa"[53], e liberarsi dal consorte. Non è un caso, del resto, che, spesso, per decidere in merito allo scioglimento del vincolo coniugale, i dotti delle «corti islamiche» richiedano che gli sposi non vivano più insieme da un certo periodo di tempo. In effetti, la separazione di fatto fra i coniugi consente ai dotti di poter risolvere il matrimonio per inadempienza contrattuale. Non di rado, infatti, succede che i mariti abbandonino le mogli senza ripudiarle e senza più provvedere al loro mantenimento; essi, cioè, da un punto di vista formale, mantengono in vita il matrimonio, ma non rispettano alcuni degli obblighi che da questi discendono, per esempio quello relativo al mantenimento delle mogli. Così facendo, però, i mariti determinano il presupposto per lo scioglimento del vincolo coniugale previsto per i casi di inadempienza contrattuale (in questo caso il contratto di matrimonio), che non necessita del loro consenso.

Per certificare la fine del matrimonio i due *Council* seguono due procedure molto simili tra di loro. Innanzitutto, alla richiedente che contatta[54] il Consiglio viene chiesto di fornire, mediante la compilazione di appositi moduli, una serie di informazioni relative ad entrambi i coniugi[55], di indicare le ragioni che l'hanno indotta a richiedere la rottura del matrimonio e, infine, la durata della separazione dal marito[56]. Acquisiti questi dati, il tribu-

---

[52] Ahmad Thomson, *An insight into the work of Islamic Shari'a Council*, cit., p. 4.

[53] David Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, Istituto per L'Oriente, Roma, 1926, vol. I, p. 225.

[54] Il primo contatto avviene per telefono o tramite appuntamento o per corrispondenza (solo il MSLC).

[55] Nome, cognome, luogo e data di nascita, nazionalità, indirizzo, contatto mail, numero di telefono -fisso e cellulare-, data e luogo del matrimonio religioso, data e luogo del matrimonio civile o della registrazione dello stesso, l'ammontare del donativo nuziale pattuito nel contratto di matrimonio, ovvero quanto è già stato pagato e quanto rimane ancora da pagare, i beni (gioielli, terreni, ecc.) che il marito le ha regalato durante il matrimonio, i beni che la sua famiglia d'origine le ha dato ma che sono in possesso del marito, l'esistenza di un eventuale matrimonio pregresso, il nome e l'età dei figli nati dal matrimonio che intende sciogliere, se lei o il marito hanno avviato e/o ottenuto il divorzio civile (in tal caso deve indicare la data nella quale è stata pronunciata la sentenza di divorzio definitivo).

[56] Bowen nota che l'ISC, per testare la serietà della richiesta di scioglimento del vincolo coniugale presentata dalla donna, richiede che ella, oltre a rinunciare al donativo nuziale, si sia già rivolta al

nale provvederà a contattare il marito per informarlo della richiesta avanzata dalla moglie e per chiedergli di esprimersi in merito, ovvero se intende o meno accoglierla e a quali condizioni. A questo punto gli scenari possibili sono due, a seconda che il marito risponda o meno alla convocazione del tribunale. A quest'ultima il marito può rispondere accettando l'istanza della moglie (con o senza condizioni) o contestandola. Nel primo caso, egli, una volta che siano state soddisfatte le richieste eventualmente avanzate alla moglie (restituzione del *mahr*), provvederà a pronunciare il ripudio (*talaq*), cui seguirà l'emissione da parte del *Council* del certificato dell'avvenuto scioglimento del matrimonio. Nel caso in cui il marito contesti la richiesta avanzata dalla moglie, il tribunale proverà ad operare una riconciliazione tra le parti. Fallito questo tentativo, il Consiglio provvederà a sciogliere il matrimonio, intimando alla moglie di soddisfare le condizioni eventualmente poste dal marito, che esso ha ritenuto ammissibili. Nel caso in cui, invece, il marito non risponda alla convocazione del tribunale, quest'ultimo, decorso un mese dalla data della prima convocazione, lo riconvocherà per una seconda volta; se anche questo tentativo non sortisce alcuna risposta, il tribunale convocherà l'uomo per la terza ed ultima volta, a distanza di due mesi dalla data della prima convocazione. La mancata risposta dell'uomo determinerà lo scioglimento del vincolo coniugale, che sarà pronunciato dal tribunale durante la prima riunione successiva al decorso del termine entro il quale il marito avrebbe dovuto rispondere all'ultima convocazione.

Il Muslim Arbitration Tribunal

Il desiderio di una parte dei musulmani che si trovano nel Regno Unito di vivere nel rispetto delle regole islamiche è stato ulteriormente appagato dalla nascita, nel 2007, del *Muslim Arbitration Tribunal* (MAT), per opera dell'avvocato Faizul Aqtab Siddiqi, i cui uffici si trovano presso l'Hijaz College Islamic University, a Nuneaton, non lontano da Birmingham[57]. Questo tribunale, unico nel suo genere su tutto il territorio britannico[58], "*for the*

tribunale civile per avviare le procedure relative al divorzio e che risulti separata dal marito da almeno un anno. Cfr. John Bowen, "How Could English Courts Recognize Shariah?", cit., pp. 419-420.

[57] Francesco Alicino, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, Cedam, Padova, 2011, pp. 56-64; Id. *Il sistema della legalità nell'età della diversità cultural religiosa*, in Giuseppe Acocella (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 162-167.

[58] Benché il MAT si trovi solo a Nuneaton, può capitare che i suoi arbitri vengano invitati ad emettere un lodo in altre città, questo non significa però che in quelle città esista un tribunale arbitrale islamico. Cfr. Mona Rafeeq, "Rethinking Islamic Law Arbitration Tribunals: Are they

first time, offer the Muslim community a real and true opportunity to settle disputes in accordance with Islamic Law with the knowledge that the outcome as determined by MAT will be binding and enforceable"[59], un'opportunità di cui i musulmani possono usufruire adempiendo a poche e semplici formalità giuridiche[60].

Il MAT, infatti, trae legittimazione dall'*Arbitraction Act 1996*, in particolare dall'art. 1, co. b, secondo cui "*the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards*", e dall'art. 46, co. a, per il quale "*The arbitral tribunal shall decide the dispute- a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute*". Secondo queste norme, dunque, le parti hanno la facoltà di risolvere le loro controversie ricorrendo a delle procedure alternative alla giustizia ordinaria, cioè alle cosiddette ADR (*alternative dispute resolution*), come per esempio l'arbitrato, che, rispetto alla prima, ha il pregio di garantire tempi di giustizia ridotti, quindi costi più contenuti, ma anche una maggiore riservatezza. Per ricorrere all'arbitrato, le parti devono essere d'accordo nel rimettere la controversia di cui sono protagonisti alla decisione dell'arbitro, sempre che si tratti di questioni che non siano sottratte alla loro disponibilità. Le parti, inoltre, possono indicare le norme alla luce delle quali l'arbitro o il collegio arbitrale dovrà decidere la loro disputa. Il lodo arbitrale è vincolante per le parti e può essere fatto valere dinanzi a un tribunale civile, sempre che sia stato emesso nel rispetto delle regole del diritto inglese.

Questa normativa ha consentito a Siddiqi di costituire un tribunale che, ricorrendo all'istituto dell'arbitrato, offre ai musulmani, che si rivolgono ad esso volontariamente, la possibilità di risolvere le loro controversie in base al diritto islamico[61], e di farlo operando "*within the English law and not as an alternative legal system*"[62]. La differenza fra questo tribunale e quelli religiosi (ISC e MLSC) sta nel fatto che la decisione del primo, cioè il lodo, è

---

compatible with traditional American notions of justice", in *Wisconsin International Law Journal*, XXVIII (2010), n. 1, p. 124.

[59] Muslim Arbitration Tribunal, *Liberation from Forced Marriages*, p. 3, in http://www.matribunal.com/downloads/MAT%20Forced%20Marriage%20Report.pdf

[60] Rebecca Maret, "Mind the Gap: The Equality Bill and Sharia Arbitration in the United Kingdom", in *Boston College International and Comparative Law Review* XXXVI (2013), n. 1, p. 260.

[61] Nonostante il MAT abbia adottato il diritto islamico elaborato dalla scuola giuridica hanafita, le dispute delle parti che a esso si rivolgono vengono risolte alla luce delle regole formulate dalla scuole giuridiche cui esse appartengono. Mona Rafeeq, "Rethinking Islamic Law Arbitration Tribunals: Are they compatible with traditional American notions of justice", cit., pp. 125-126.

[62] Faizul Aqtab Siddiqi, *Family Law, minorities and legal pluralism: Should English give more recognition to Islamic Law?*, p. 9, in http://www.wynnechambers.co.uk/pdf/Shaykh_Faiz_Speech.pdf.

vincolante per le parti, e nel caso in cui una di queste non la rispetti, l'altra può rivolgersi alla giustizia ordinaria affinché la obblighi a farlo. Questa distinzione sussiste, però, solo con riferimento alle materie che possono essere oggetto della giurisdizione arbitrale, ovvero le questioni di carattere commerciale e civile, fatta eccezione per le fattispecie relative alla famiglia, che, malgrado non vengano espressamente citate dall'*Arbitration Act 1996*, vengono fatte rientrare tra quelle che esso indica come "*matters which are not capable of settlement by arbitration*" (art. 81, co. 1, lett. a)[63]. Quindi, quando il MAT è chiamato a decidere su queste ultime, sveste i passi del tribunale arbitrale, per assumere invece quelli del tribunale religioso, con i limiti che questo comporta. Lo stesso vale anche per il Beth Din, che costituisce il modello cui il MAT si è ispirato: "*The 1996 Arbitration Act preserves the English common law position in respect of matters that are capable of settlement by arbitration. Contractual disputes as well as a number of non-contractual claims (including claims in tort, disputes concerning intellectual property rights and certain statutory claims) can legally be resolved by arbitration. Family law and criminal matters cannot: when functioning as an arbitration tribunal the Beth Din – and any other religious court – is limited to civil proceedings. [...] As an arbitration tribunal, therefore, the Beth Din cannot resolve family law or criminal law*"[64]. Del resto, alla luce della legislazione esistente, non potrebbe essere altrimenti. Bridget Prentice lo ha spiegato bene quando, pochi mesi dopo l'istituzione del MAT, ha dichiarato che "*any member of a religious community has the option to use religious courts and to agree to abide by their decisions but these decisions are subject to national law and cannot be enforced through the national courts save in certain limited circumstances when the religious court act as arbitrator within the meaning of the Arbitration Act 1996. Arbitration does not apply to family law and the only decisions which can be enforced are those relating to civil disputes. Religious courts are always subservient to the established family courts of England and Wales*"[65]. Analogamente, sempre nel 2008, Lord Bach, sottosegretario alla giustizia, affermò che "*the*

---

[63] "*Certain matters may not be the subject of arbitration. There is no exhaustive or prescribed list, but these include crimes and any other public law matter including family law matters. Most legal issue of family law are public law issues and are therefore also considered not to be capable of arbitration. This includes dissolution of marriage, by divorce or nullity, and orders relating to the upbringing of children*". Jan Edge, *Islamic finance, alternative dispute resolution and family law: developments towards legal pluralism?*, in Robin Griffith-Jones (ed. by), *Islam and English Law. Rights, Responsibilities and the Place of Sharia*, cit., p. 123; Marie Ashe - Anissa Hélie, "Realities of *Religious-Legalism*: Religious Courts and Women's Rights in Canada, the United Kingdom, and the United States", in *U. C. Davis Journal of International Law & Policy*, XX (2014), n. 2, p. 172.

[64] *The Beth Din. Jewish Courts in the UK*, cit., p. 11.

[65] *Infra* nota 36.

Government have no plans to amend the provisions of the Arbitration Act 1996. Arbitration is not a system of dispute resolution that may be used in family cases. The issue of enforcement of an arbitrated decision only arises in civil disputes"[66].

Risulta evidente, dunque, che in relazione all'operato del MAT bisogna sempre distinguere fra due diversi piani: quello relativo ai casi rispetto ai quali esso svolge quell'attività di mediazione e di conciliazione tipica dei tribunali religiosi e quello concernente i casi in relazione ai quali esso opera quella funzione arbitrale che tipicamente sfocia nell'emissione di un lodo. Tale distinzione contribuisce a superare quella confusione che potrebbe sorgere qualora si prendano in considerazione le fattispecie rispetto alle quali il MAT propone di offrire i propri servizi, quelle che esso definisce "*types of cases that we dealt with*", ovvero "*forced marriages*, *domestic violence*, *family disputes*, *commercial and debt disputes*, *inheritance disputes*, *mosque disputes*"[67]. Da questo elenco, infatti, sembrerebbe che il MAT si renda disponibile ad arbitrare anche delle dispute che abbiano a che fare col diritto di famiglia e con quello penale, per le quali, invece, come si è visto sopra, non è possibile ricorrere alla giustizia privata. Tuttavia, se si leggono le specifiche relative a quei *types of cases*, ci si rende conto che la realtà è diversa; questo è quello che risulta, per esempio, dall'analisi delle singole problematiche che, tra i *family issues*, il Tribunale si propone di poter contribuire a risolvere. Tali problematiche sono il *limping marriage*, i matrimoni forzati e la violenza domestica.

Per quanto riguarda il *limping marriage*, il MAT si pone l'obiettivo di intervenire in una situazione nella quale i coniugi non sono d'accordo in merito allo scioglimento del vincolo coniugale religiosamente contratto, o meglio nella quale il marito si rifiuta di ripudiare la moglie che non vuole essere più sposata con lui, costringendola di fatto a rimanere sua moglie. In una situazione del genere l'intervento del MAT può avvenire solo nelle vesti di tribunale religioso, almeno per due ragioni. La prima di queste è, come si è visto sopra, l'incompetenza *ratione materiae* del Tribunale, cioè l'impossibilità di arbitrare le controversie che abbiano per oggetto alcune regole del diritto di famiglia, tra cui quelle relative allo scioglimento del vincolo coniugale. Il lodo emesso in violazione di tale limite non può essere fatto valere di-

---

[66] http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldhansrd/text/81124w0003.htm#column_WA246.

[67] http://www.matribunal.com/cases.html. "*MAT can deal with disputes of any nature including matrimonial problems, mosque disputes, inheritance problems and commercial or debts issues*". Muslim Arbitration Tribunal, *Liberation from Forced Marriages*, cit., p. 3.

nanzi alla giustizia ordinaria ed è da quest'ultima considerato nullo. Questa considerazione ci sembra essere sfuggita ad alcuni studiosi, per esempio ad Arsani William, quando ha affermato che "*the State can enforce both familial and contractual arbitration verdicts based on religious law. Seeing such implementation aspects of Sharia may be unavoidable*"[68]. La seconda ragione, invece, è legata al disaccordo esistente tra i coniugi; infatti, il marito, non volendo ripudiare la moglie, non accetterà mai di sottoporre la questione al tribunale arbitrale, facendo venir meno il presupposto su cui si fonda l'azione di quest'ultimo, ovvero l'accordo fra le parti di demandare all'arbitro la soluzione della loro controversia: "*over 80% of applicants to MAT are females seeking help. MAT is sometimes enable to help them because the husband withholds the agreement required for arbitration*"[69]. L'unico modo che il MAT ha per aiutare queste donne è quello di vestire i panni del tribunale religioso, che, al pari dei *Council*, può sciogliere il vincolo coniugale ricorrendo al *khul'*. Questa soluzione, tuttavia, se da un lato consente alle donne di liberarsi dei mariti, dall'altro le costringe a rinunciare al *mahr*, una perdita che non sarebbero costrette a subire se i mariti le ripudiassero spontaneamente: "*Needless to say these wives have nearly always been placed in this limbo by husbands who refuse to honour the guidance of Islam in these matters. If a husband honours this guidance, there will be no need for his wife to approach a Shari'a Council – because having discussed the matter, and having accepted that their marriage has no future (since for a marriage to work both spouses need to really want and work towards this), most sincere Muslim husbands will give the talaq, even if they do not want to do so*"[70].

Per quanto riguarda i matrimoni forzati[71], la posizione del Tribunale è stata inequivocabilmente esplicitata dal suo fondatore, per il quale il "*MAT takes a strong view against forced or coerced marriage. In Islam, full consent of both parties is required before a valid marriage can take place*"[72]. Per questo

---

[68] Arsani William, "An Unjust Doctrine of Civil Arbitration: Sharia Courts in Canada and England", in *Standford Journal of International Relations*, XI (2010), n. 2, p. 44.

[69] Faizul Aqtab Siddiqi, *Family Law, minorities and legal pluralism: Should English give more recognition to Islamic Law?*, cit., p. 11.

[70] Ahmad Thomson, *An insight into the work of Islamic Shari'a Council*, cit., p. 3.

[71] Sui matrimoni forzati nel Regno Unito, si veda Refuge, *Forced Marriage in Uk. A scoping study on the experience of women from Middle Eastern and North East Africa Communities*, in http://www.refuge.org.uk/files/1001-Forced-Marriage-Middle-East-North-East-Africa.pdf; Gennaro Errichiello, "*Arranged marriage* nelle comunità pakistane e bengalesi britanniche. Tradizione culturale e dimensione religiosa", in *Mondi Migranti* (2009), n. 1, pp. 135-161.

[72] Faizul Aqtab Siddiqi, *Family Law, minorities and legal pluralism: Should English give more recognition to Islamic Law?*, cit., p. 11.

motivo il Tribunale ha aiutato Meena, una giovane ventiquattrenne inglese, di origini pakistane, che, nel 2008, è stata costretta, dalle pressioni psicologiche ed emotive che i suoi genitori hanno esercitato nei suoi confronti, a sposare il cugino, figlio del fratello della madre[73]. Prima del matrimonio, contratto in Pakistan, i nubendi si erano visti una sola volta, tre anni prima; da quel momento in poi, fino alla data delle nozze, il rapporto fra i futuri sposi si era limitato a delle semplici conversazioni telefoniche, dalle quali era emerso che i due non avevano niente in comune. Dopo la «celebrazione» delle nozze, Meena, senza consumare il matrimonio, è tornata in Inghilterra, aspettando che il marito, una volta ottenuto il visto per ricongiungimento familiare[74], la raggiungesse. Nell'attesa però, la giovane sposa, approfittando del fatto di trovarsi lontana da casa per seguire i corsi di diritto all'università, è riuscita a sottrarsi alla pressione familiare e a decidere, tre mesi dopo il matrimonio, di separarsi dal marito e di bloccare le pratiche per il ricongiungimento familiare, due risultati che è riuscita a ottenere recandosi a Nuneaton, presso il tribunale creato da Siddiqi. Quest'ultimo, infatti, ha aiutato Meena a ottenere una sentenza di scioglimento del vincolo coniugale pronunciata da un tribunale pakistano, facendo venire meno il titolo su cui si fondava la richiesta di visto che avrebbe consentito al cugino di raggiungerla nel Regno Unito[75]. Anche in questo caso è evidente che il MAT non abbia operato nelle vesti di tribunale arbitrale. Piuttosto, la sua azione rientra tra le linee della proposta che esso ha presentato al Governo per contrastare il fenomeno dei matrimoni forzati[76], e per chiarire definitivamente che "*forcing people to marry without their consent shall find no sanctuary within the English legal system and more importantly within the community that they hope to live*

---

[73] Il caso di Meena non è isolato; infatti, in più del "*70% of all marriages that take place, where the spouse is an English citizen and the other spouse is a foreign national from the Asian sub-continent, there is an element of force or coercion before the marriage takes place*". MUSLIM ARBITRATION TRIBUNAL, *Liberation from Forced Marriages*, cit., p. 9.

[74] Meena è stata obbligata dai sui genitori a presentare la richiesta per il ricongiungimento familiare, al pari di altri giovani che hanno subito la sua stessa sorte: "*The British citizen will have married and returned in the UK. The parent/guardian that had initially coerced them into the marriage would continue to coerce them into preparing sponsorship documentation in order that an application can be made by the foreign spouse*". *Ivi*, p. 11.

[75] Il caso di Meena è stato analizzato da JOHN BOWEN, "Sanctity and Shariah: Two Islamic modes of resolving disputes in today's England", in FRANZ VON BENDA-BECKMANN - KEEBEL VON BENDA-BECKMANN - MARTIN RAMSTEDT - BERTRAM TURNER (eds), *Religion in Disputes: Persuasiveness of Religious Normativity in Disputing Processes*, Palgrave Macmillan, London, 2013, pp. 129-145.

[76] MUSLIM ARBITRATION TRIBUNAL, *Liberation from Forced Marriages*, cit., pp. 13-18. Dalle ricerche effettuate, non ci risulta che il Governo abbia accolto la proposta del MAT. Quest'ultima, inoltre, non tiene conto dei matrimoni forzati che vengono celebrati fra cittadini britannici.

in”[77]. In particolare, il Tribunale ha suggerito di integrare la documentazione richiesta al/alla cittadino/a britannico/a per ottenere il ricongiungimento familiare con il/la consorte straniera con una dichiarazione scritta, resa dai giudici di cui esso si compone, o dai membri di istituzioni analoghe, dalla quale risulti che le parti si siano liberamente unite in matrimonio, senza nessuna forma di costrizione. Tale dichiarazione dovrebbe essere rilasciata dai giudici del MAT, o da quelli di un altro tribunale, sulla base di una deposizione che dovrebbe essere volontariamente resa dal/dalla cittadino/a britannico/a che richiede il ricongiungimento familiare nella quale dichiari che “*the marriage he/she entered into was neither forced or coerced*”[78]. L’assenza di tale deposizione potrebbe essere un valido indizio che il matrimonio fra le parti “*was either a sham or riddled with inconsistencies*”[79]. Invero, nel caso in cui dovesse emergere che il matrimonio sia stato frutto di una costrizione, il MAT si impegna a trovare una soluzione, avviando un’opera di mediazione con la famiglia della vittima affinché essa prenda coscienza della gravità del suo coinvolgimento nell’accaduto e, di conseguenza, contribuisca a ovviarvi, smettendo per esempio di esercitare quella pressione che ha costretto il/la figlio/a ad accettare un matrimonio che altrimenti non avrebbe voluto e di acconsentire allo scioglimento di quest’ultimo; per ottenere tale risultato, i giudici del tribunale non esitano, in taluni casi, a coinvolgono i saggi della specifica comunità musulmana cui la famiglia appartiene, in ragione del ruolo di guida morale che quest’ultima riconosce loro. In definitiva, il Tribunale sostiene di poter aiutare la vittime a interagire con le loro famiglie (sia i parenti che vivono in Gran Bretagna, sia quelli che vivono nel paese d’origine), con lo sposo (straniero), e, infine, come si è visto nel caso di Meena, a porre giuridicamente fine al matrimonio cui sono state costrette. In casi estremi, esso non esclude di informare le autorità competenti della costrizione matrimoniale di cui è venuto a conoscenza[80]. La disponibilità del MAT a raccogliere la deposizione del coniuge che chiede il ricongiungimento familiare, e a certificare che il matrimonio sia stato contratto liberamente, è legata alla circostanza che esso considera inopportuno che una simile attività sia compiuta da “*an official / judicial / governmental jurisdiction*”[81], nella misura in cui un tale intervento “*would be deemed by the community*

---

[77] *Ivi*, p. 14.

[78] *Ivi*, p. 13.

[79] *Ibidem.*

[80] *Ivi*, pp. 15-16.

[81] *Ivi*, p. 14.

as infringment of their civil liberties"[82]. Il Tribunale, infatti, ritiene che la comunità musulmana sia la sola a poter comprendere appieno i problemi che la riguardano[83] e che questi ultimi possano essere meglio risolti se ad affrontarli sia un'istituzione che a quella comunità appartiene; non è un caso del resto che il MAT si proponga come "*the appropriate forum where the Muslim Community can actually solve the problems of the Muslim Community*"[84]. La proposta del MAT, considerata complessivamente, ci pare essere caratterizzata da un orientamento esclusivamente riparatore, teso cioè a intervenire solo nella fase successiva alla stipulazione del matrimonio forzato, facendo in modo di porvi fine; la mancata previsione di un'azione preventiva è legata probabilmente all'eccessiva fiducia riposta nell'effetto deterrente che il Tribunale ritiene possa discendere dal tipo di intervento proposto: sapendo che il matrimonio che essi hanno obbligato i figli a stipulare finirà per essere sciolto, i genitori cominceranno a non costringere più la propria prole a sposare chi non vuole. La proposta, inoltre, dovrà tener conto degli sviluppi legislativi che nel frattempo sono intercorsi: il 16 giugno 2014 è entrato in vigore il *The Anti-social Behaviour, Crime and Policing*, che ha introdotto il reato di matrimonio forzato, per il quale è stata prevista una pena detentiva di sette anni[85].

L'ultimo caso che rimane da analizzare è quello relativo al ruolo che il MAT si propone di svolgere in merito ai casi di violenza domestica. Sgombrando il campo da ogni equivoco, il Tribunale ha apertamente dichiarato che tali casi, poiché implicano degli atti penalmente rilevanti (aggressioni, abusi, ecc.), esulano dalla sua giurisdizione[86]. Rispetto ad essi, infatti, il MAT si propone di intervenire con un'azione di matrice non giudiziaria, che

---

[82] *Ibidem.*

[83] "*The closest and greatest understanding of the issues of the Muslim Community lie within the Muslim Community itself*". *Ibidem.*

[84] *Ibidem.*

[85] Infatti, la sezione 121 di questo *Act* prevede che:
"*1. A person commits an offence in England and Wales if he or she– (a) uses violence, threats or any other form of coercion for the purpose of causing another person to enter into the marriage, and (b) believes, or ought to reasonably believe, that the conduct may cause the other person to enter into the marriage without free and full consent.*
2. In relation to a victim who lacks capacity to consent to marriage, the offence under subsection (1) is capable of being committed by any conduct carried out for the purpose of causing the victim to enter into a marriage (whether or not the conduct amounts to violence, threats or any other form of coercion).
3. A person commits an offence under the law of England and Wales if he or she– practices any form of deception with the intention of causing another person to leave the United Kingdom, and intends the other person to be subjected to conduct outside the UK that is an offence under subsection (1) or would be an offence under that subsection if the victim were in England and Wales".

[86] http://www.matribunal.com/cases_faimly.html.

si sviluppa sia attraverso un'attività informativa, volta a chiarire il rapporto tra islam e violenza domestica[87], sia attraverso un'attività di mediazione, finalizzata a creare i presupposti affinché vi sia una riconciliazione fra i membri della coppia all'interno della quale è maturata la violenza. Quanto alla prima attività, il Tribunale mira a discutere la tesi secondo cui per i musulmani la violenza domestica, essendo legittimata dalle fonti sacre, sarebbe permessa: il tentativo è quello di chiarire quanto questa tesi sia, invece, il frutto di una distorta lettura dei testi sacri, avallata dal tacito assenso degli *imam*, un silenzio che in realtà trarrebbe fondamento più dalla volontà di questi ultimi di preservare la propria posizione all'interno della comunità, che diversamente sarebbe messa in discussione, piuttosto che dal considerare realmente lecita la violenza domestica[88]. Per quanto concerne la seconda attività, invece, quella relativa alla mediazione, il Tribunale si propone di offrire alla vittima una soluzione che le permetta di «denunciare» la violenza subita senza che tale atto implichi la fine del suo matrimonio. Questa soluzione prevede che vi sia da parte del responsabile della violenza un'ammissione di colpevolezza a cui deve far seguito l'obbligo di seguire un programma di recupero che, passo dopo passo, lo porti a ricucire lo strappo con la vittima. I termini della riconciliazione così stabiliti vengono trasmessi dal MAT al Crime Prosecution Service affinché riconsideri l'accusa penale a carico del reo[89].

Il tentativo di bloccare l'azione dei tribunali islamici (religiosi e arbitrale): l'Arbitration and Mediation Service (Equality) Bill

Il 7 giugno 2011 la Baronessa Cox ha presentato (prima lettura) alla Camera Alta del Parlamento del Regno Unito il progetto di legge intitolato *Arbitration and Mediation Service (Equality) Bill*[90]; esso è stato ripresentato

---

[87] Su questo tema, si vedano, tra gli altri, Azizah al-Hibri, "An Islamic Perspective on Domestic Violence", in *Fordham International Law Journal*, XXVII (2003), n. 1, pp. 195-224; Ayesha Chaudhry, *Domestic Violence and Islamic Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

[88] http://www.matribunal.com/cases_domestic_violence.html.

[89] http://www.matribunal.com/cases_faimly.html; Faizul Aqtab Siddiqi, *Family Law, minorities and legal pluralism: Should English give more recognition to Islamic Law?*, cit., p. 11.

[90] Per un'analisi di tale progetto si veda: Rebecca Maret, "Mind the Gap: The Equality Bill and Sharia Arbitration in the United Kingdom", cit., pp. 268-283; Machteld Zee, "*Five Options for the Relantionship between the Sate and Sharia Councils. Untangling the Debate on Sharia Councils and Women's Rights in the United Kingdom*", in *Journal of Religion & Society*, XVI (2014), pp. 12-13; Marie Ashe - Anissa Hélie, "Realities of *Religious-Legalism*: Religious Courts and Women's Rights in Canada, the United Kingdom, and the United States", pp. 181-185.

(prima lettura) al nuovo Parlamento il 10 maggio 2012[91]. Dalla discussione (seconda lettura) dei principi generali che animano il testo proposto, avvenuta il 19 ottobre 2012, sono emerse le ragioni che hanno indotto la Lady a presentarlo: "*The first fundamental concern my Bill seeks to address is the development of a parallel quasi-legal system based on inherently discriminatory principles. This may involve proceedings operating under the terms of the Arbitration Act or it may involve less formal community forums for resolving disputes. While some operate in ways which are not problematic, others give cause for the second and related concern that many women suffer from gender discrimination in these contexts. This discrimination includes unequal access to divorce as between a husband and wife. A husband can obtain a divorce merely by saying, "I divorce you" three times, whereas a wife has to go through all sorts of procedures at a Sharia court or council. It also includes tolerance of certain forms of domestic violence, a man's right to polygamy, inequality between men and women with regard to child custody and inequality with regard to inheritance provisions. It even affects rules of evidence, since under Sharia law a woman's testimony counts for half that of a man's*"[92]. A supporto di queste affermazioni, la parlamentare aveva fatto distribuire ai suoi colleghi un *booklet*, intitolato *Equal and Free? Evidence in Support of Baroness Cox's Arbitration and Mediaton Services (Equality) Bill*[93], nel quale sono state raccolte sia le esperienze dirette di diverse donne, che, rivolgendosi ai tribunali islamici, avevano patito alcune delle discriminazioni sopra elencate, sia quelle di diverse operatrici, che, lavorando in istituzioni che si occupano della difesa dei diritti delle donne, hanno avuto modo di verificare da vicino il *modus operandi* di quei tribunali.

Per ovviare alle discriminazioni di cui sopra la Baronessa Cox ha proposto col suo progetto di emendare alcuni testi legislativi, vale a dire l'Equality Act 2010, l'Arbitracion Act 1996, il Family Act 1996, il Criminal Justice and Public Order Act 1994 e, infine, il Courts and Legal Services Act 1990. Le principali novelle proposte riguardano: l'onere a carico delle autorità pubbliche di informare gli interessati della necessità di registrare il matrimonio contratto religiosamente (solo così essi potranno usufruire, qualora occorresse, della necessaria protezione giuridica) e di informar gli stessi che

[91] Il testo del progetto è disponibile in rete: http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/lbill/2012-2013/0007/13007.pdf

[92] http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldhansrd/text/121019-0001.htm#12101923000438.

[93] Il testo è stato realizzato da Charlotte Rachel Proudman ed è stato pubblicato nel mese di maggio del 2012. Il testo è disponibile in rete: http://www.secularism.org.uk/uploads/equal-and-free-16.pdf.

i matrimoni poligamici, oltre ad essere illegali, non danno titolo ad alcuna protezione giuridica; il divieto di includere all'interno dell'accordo di arbitrato delle regole che, in materia di testimonianza resa, di diritto ereditario e di proprietà, discriminino la donna; il divieto esplicito di arbitrare dispute che rientrino nella giurisdizione dei tribunali penali e familiari, il mancato rispetto del quale finirebbe col costituire un reato punibile con una pena detentiva e/o pecuniaria, la stessa riservata a chi, senza averne titolo, pretende, ritenendo di agire da tribunale, di emanare un verdetto vincolante.

La proposta della Baronessa Cox non ha trovato il *placet* del Governo. Esso, infatti, ha ritenuto, per bocca del suo rappresentante, Lord Kardiner of Kimble, che tutte le questioni a cui il progetto della parlamentare intende ovviare sono già risolvibili alla luce della legislazione esistente. A suo avviso, per esempio, il divieto di inserire nell'accordo di arbitrato delle regole che si rivelino discriminatorie per le donne non ha ragione di esistere dal momento che i tribunali arbitrali, in virtù dell'*Arbitration Act 1996*, devono agire equamente e imparzialmente, in caso contrario il lodo emesso "*can be challenged in court*"[94]. Analogamente non c'è bisogno di un esplicito divieto che interdica l'arbitrato dalla giurisdizione penale e familiare, in quanto "*It is already the common law that criminal acts and some family matters, [...], cannot be arbitrated*"[95]; inoltre, la disposizione voluta dalla Cox si scontra con la decisione del Governo di aprire alcune limitate questione concernenti la famiglia alla giurisdizione arbitrale[96]. Ugualmente inutile è stata ritenuta dal rappresentante governativo la norma che introduce il reato di falsa giurisdizione, in quanto "*Sharia councils and other religious councils have no jurisdiction in this country, therefore any decision they make can never be legally binding. If any decisions or recommendations made by any religious councils or arbitration tribunals were illegal or contrary to public policy or national law, then national law would always prevail*"[97]. Sulle sorti del *Bill*, inoltre, ha pesato non poco la circostanza che, nella veste in cui esso era stato presentato, avrebbe intaccato anche l'operato dei *Battei Din* (tribunali rabbinici), sollevando il malcontento di alcuni.

La Baronessa Cox ha ritirato il proprio progetto e ne ha riproposto uno

---

94 http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldhansrd/text/121019-0002.htm.

95 *Ibidem*.

96 "Family arbitration can be used to help separating couples (whether married or not) following a breakdown of a relationship to settle disputes relating to finance, property, child maintenance; family arbitration cannot be used for disputes relating to child arrangement orders, divorce". http://ifla.org.uk/cms/wp-content/uploads/2013/11/introductory_guide-for-public.pdf.

97 http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldhansrd/text/121019-0002.htm.

nuovo, il 14 maggio del 2013 (prima lettura), identico al primo, epurato però del divieto assoluto per la giurisdizione arbitrale di trattare alcuni casi di diritto di famiglia. La seconda lettura del testo non è stata ancora calendarizzata.

Conclusioni

Concludendo, è possibile affermare che i musulmani britannici, in materia di diritto di famiglia, stanno optando per una scelta che li vede seguire il diritto islamico in via ufficiosa[98], una alternativa che permette loro di rispettare le regole dell'islam e, contemporaneamente, di evitare i contrasti col diritto del paese in cui essi risiedono[99]. Se così non fosse, non si potrebbero spiegare le migliaia di casi che, da quando sono nati, i *Council* di Londra sono stati chiamati a risolvere, per buona parte relativi allo statuto personale. Questa ipotesi trova conferma nei risultati emersi da una ricerca di campo condotta in merito alle donne che si rivolgono al MLSC per ottenere lo scioglimento del matrimonio: "*The demand for any official recognition of the Shariah is a minority one, because the general consensus is to continue to act independently, in the same way that a semi-autonomous legal field co-exists amidst the presence of an over-arching legal superstructure*"[100].

La tendenza a istituire delle "corti islamiche" è stata ampiamente avallata dal Consiglio Europeo per le Fatawa e le Ricerche (CEFR), i cui membri, in occasione della tredicesima sessione dei lavori del Consiglio, tenutasi a Londra nel mese di luglio del 2004, hanno dichiarato "*while abiding by the host country's laws, Muslims are also asked to form Islamic bodies to organize their personal issues in accordance with Shari'ah*"[101]. Questa affermazione, in realtà, altro non costituisce se non una reiterazione di quello che il Consiglio aveva già sostenuto nella dichiarazione finale con cui chiuse i lavori della seconda sessione ordinaria (Dublino, 9-11 ottobre 1998), a dimostrazione di quanto, nel discorso del CEFR, l'applicazione dello statuto personale, ad opera di organismi specializzati, costituisca una costante. Più precisamente, in quella occasione, i membri del Consiglio europeo esortarono i musulmani in Europa ad impegnarsi affinché gli Stati di appartenenza o di residenza

---

98 Samia Bano, "Islamic Family Arbitration, Justice and Human Rights in Britain", cit., p. 21.

99 Werner Menski, "Muslim Law in Britain", cit., pp. 149, 155.

100 Sonia Nûrîn Shah-Kazemi, *Untying the Knot*, cit., pp. 70-71.

101 Ali Al-Halawani, *European Fatwa Council Urges Muslims To Respect Laws*, in http://www.islamonline.net/English/News/2004-07/11/article06.shtml.

provvedessero a riconoscere la religione islamica, e a garantire ai musulmani lo stesso trattamento di cui godono le altre minoranze religiose, anche per quanto riguarda l'applicazione dello statuto personale, aggiungendo, con riferimento a quest'ultimo, la necessità di provvedere, nel rispetto delle leggi dei singoli paesi, alla creazione di organismi incaricati di gestire le questioni connesse al matrimonio, alla separazione, all'eredità, ecc., in conformità alle regole della *shari'a*; è in questa cornice che si comprende la nascita dei tribunali religiosi islamici e del *Muslim Arbitration Tribunal*.

Principi ispiratori e strumenti di funzionamento della finanza islamica

Lucia Miglietti

1. *Genesi ed evoluzione storica del fenomeno*

I rapporti commerciali e i decisi flussi migratori che, soprattutto nell'ultimo ventennio, si sono sviluppati ed intensificati tra il mondo occidentale, il medio oriente ed il sud asiatico, hanno avuto, come necessaria conseguenza, l'abbattimento della frontiera ideale tra mondo islamizzato ed occidente.

Il processo di globalizzazione[1], l'incessante evoluzione dei mezzi tecnologici, la sottile ma incisiva invadenza della rete internet, l'accelerazione degli scambi che travalicano i confini degli Stati, hanno determinato, attraverso la compressione spazio-temporale, un aumento della complessità della odierna società, sempre più caratterizzata da una sovrapposizione di diversi assetti politici, economici e soprattutto culturali.

Sullo sfondo rimane fondamentale il rapporto tra Islam e Occidente: l'Occidente e in particolare l'Europa, di fronte alla presenza sul proprio

---

[1] Sul tema della globalizzazione la letteratura è sterminata. Sottolinea la tendenziale pervasività del fenomeno e ne scoraggia definizioni generalizzanti, al fine di saggiarne la reale portata nei diversi settori della conoscenza, Maria rosaria. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società trasnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 7 ss., la quale rileva che la globalizzazione costituisce un processo di trasferimento di poteri dagli stati ai mercati che produce significativi effetti dirompenti in quella parte del mondo saldamente organizzata intorno al baricentro statale ed alle sue logiche centralizzatrici. In ordine alla nuove sfide che essa, insieme alle nuove tecnologie di impatto globale, ci impone per la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, si v. Antony Giddens, *Il mondo che cambia: come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Il Mulino, Bologna, 2000, il quale rammenta che la globalizzazione non riguarda solo i grandi sistemi dell'ordine finanziario mondiale, non è solo un insieme di fattori esterni o distanti dall'individuo, ma anzi è un fenomeno interno che influisce sugli aspetti intimi della nostra vita. Sugli aspetti giuridici del fenomeno, si v., Francesco Galgano, La globalizzazione nello *specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005; NAtalino Irti, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. Di dir. Civile*, 2002; Stefano Rodotá, *Diritto, diritti, globalizzazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000; Pietro Barcellona, *Le passioni negate: globalismo e diritti umani,* Città Aperta edizioni, Troina, 2001; Gunther Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle Costituzioni civili*, Armando Editore, Roma, 2005.

territorio di uomini e donne provenienti da realtà culturali profondamente eterogenee e portatori di valori non sempre coincidenti, si trovano oggi costretti a riflettere sulla propria storia e le proprie radici culturali, mettendo alla prova dei fatti – con esiti non sempre positivi – la propria tolleranza, il rispetto dei diritti universali, la capacità di convivenza con l'altro.

È innegabile che, in tale dibattito obbligatorio tra mondi, etnie e culture diverse rientri anche il confronto tra modelli differenti di impresa e finanza. In modo precipuo, per quel che interessa in questa sede, tra sistemi economici occidentali e quelli dei paesi a religione islamica.

In questo intenso scambio di culture, infatti, un nuovo concetto si è fatto luce, quello di finanza islamica.

La finanza islamica evidenzia tassi di crescita sostenuti (circa il 15% all'anno) che ci inducono necessariamente ad una lucida riflessione sul tema, scevra da condizionamenti e pregiudizi che potrebbero essere indotti dal 'recente' dibattito sullo "scontro di civiltà"[2].

Ma cosa è la finanza islamica? In cosa si diversifica dalla finanza occidentale? Come si è sviluppata?

I sistemi economico-finanziari occidentali e quelli dei paesi a religione islamica sono basati su modelli sostanzialmente diversi fra loro. La finanza islamica si basa su principi etico-religiosi mentre la finanza occidentale è sostanzialmente laica ed affidata al libero mercato[3]. Differente è il valore assegnato alla moneta: se nel sistema islamico essa è solo un mezzo di scambio e non costituisce un *asset* di per sé, in quello occidentale la moneta è concepita soprattutto "come un bene *in re ipsa*, un vero e proprio *asset* in grado di generare esso stesso ricchezza attraverso gli interessi"[4].

Il pensiero economico islamico si presenta come una "terza via" tra il pensiero capitalistico e quello socialista, dimostrando come regole religiose inderogabili (in quanto parola di Dio) possano dare comunque vita ad una forma di economia liberale peculiare della società islamica[5].

---

[2] L'argomento – oggetto di un rinnovato dibattito dopo gli attentati terroristici ai danni degli Stati Uniti dell'11 settembre del 2001 – è stato per la prima volta affrontato SAMUEL P. HUNTINGTON nel noto saggio pubblicato dalla rivista *Foreign Affaire* nel 1993, dal titolo "*Scontro di civiltà*?" ove l'A. rileva la forte contrapposizione tra diverse identità culturali e religiose che caratterizza lo scenario mondiale già all'indomani della fine della guerra fredda e suggestivamente afferma: "(n)ell'epoca che ci apprestiamo a vivere, gli scontri fra civiltà rappresentano la più grave minaccia alla pace mondiale, e un ordine internazionale basato sulle civiltà è la migliore protezione dal pericolo di una guerra mondiale".

[3] La diversa visione dell'economia nel mondo islamico ed occidentale è analizzata da JOSEPH SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995, pp. 156 e 198.

[4] Così, TOMMASO V. RIZZO, *Contrattazione Shari'a compliant e meritevolezza degli interessi. Prime riflessioni su un differente approccio al mercato finanziario*, in *Riv. Dir. Banc.*, diritto bancario.it, 12, 2014.

[5] In ordine alle differenze basilari tra sistema capitalistico convenzionale e sistema economico

Un'economia realista e morale allo stesso tempo, che individua nella solidarietà verso gli altri la guida per compiere scelte economiche che non siano unicamente frutto dell'egoismo individuale.

Nel multiforme mondo islamico[6] vi è una stretta relazione tra la dimensione teologica-morale e quella normativa sia essa sociale che politica o economica, i precetti dalla *Shariah, la via maestra per giungere alla salvezza,* non influenzano solo la sfera intima del rapporto uomo – Dio, ma rappresentano le linee guida da seguire in ogni settore della vita pubblica, ivi compreso quello economico – finanziario[7].

La *Shariah*, cioè «la strada giusta» (alla lettera, «via [diritta] rivelata da Dio», ma si può anche tradurre con «legge divina»)[8], è un corpo di norme che serve a guidare l'intera vita di un musulmano, tanto che in essa convivono regole teologiche, morali, rituali e quelle che potrebbero definirsi di diritto privato, affiancate da norme fiscali, penali, processuali e di diritto bellico. Dette regole governano la vita individuale e di relazione di un musulmano e manifestano la loro incidenza sia su interessi esistenziali, sia su interessi più marcatamente patrimoniali[9].

---

basato sulla legge islamica, si v. Giorgio Gomel, *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali: tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, vol. n. 73, *Questioni di Economia e Finan*za, Banca d'Italia, Ottobre 2010, p. 25 e ss. Sul tema, si v. anche, Maria D'Arienzo, *I fondamenti religiosi della finanza islamica*, consultabile in www.statoechiese.it, n. 25/2012, p. 2, la quale rileva che il significato originario del concetto di economia nel mondo occidentale – intesa nella sua accezione non individualistica, ma finalizzata al benessere della comunità sociale di appartenenza – non appare essere molto distante dalla concezione dell'economia presente nel mondo islamico e "soprattutto dall'antropologia su cui si struttura l'attività economica nell'Islam incentrata sulla considerazione dell'*homo islamicus* quale amministratore fiduciario delle risorse del creato."

6 La particolare 'eterogeneità' del mondo islamico è ben evidenziata da Nicola Fiorita, *L'Islam piegato ai miei studenti*, Firenze University Press, 2010, p. 3, per il quale è evidente che "non esiste un Islam ma, al contrario, esistono molti Islam."

7 Come sottolineano Rony Hamaui, Marco Mauri, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 8, tale estesa valenza dei precetti contenuti nella legge islamica ben oltre la sfera private dell'individuo ha agevolato lo sviluppo di "una ortoprassia (la correttezza nei comportamenti) islamica che ha coniato termini quali "politica islamica", "costituzione islamica" ed "economia islamica".

8 Accanto alla *Shariah* c'è il *Fiqh*, cioè la conoscenza della legge religiosa che permette ai fedeli una interpretazione della *Shariah* (si può più semplicemente sintetizzare come 'giurisprudenza' islamica), la quale è suddivisa in quattro scuole principali: la scuola *hanafita*, la scuola *malikita*, la scuola *hanbalita* e la scuola *shafiita.* Per maggiori approfondimenti, si v. Alberto Ventura, *L'Islam sunnita nel periodo classico (VII – XVI secolo)*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 117; Sami A. Aldeeb Abu Sahlieh, *Il diritto Islamico*. Fondamenti, Fonti, Istituzioni, Ed. it. a cura di Marta Arena, Carocci, Roma, 2008, pp. 51 e ss.

9 Sul punto, si rinvia alla acute osservazioni di Tommaso V. Rizzo, *op. cit.*, il quale, nell'evidenziare la forte caratterizzazione religiosa del mondo islamico che vede indissolubile e forte il legame tra Creatore, l'uomo e la società in grado di guidare scelte rilevanti tanto sul piano sociale e politico,

La *Shariah* è in sostanza, il codice dettagliato di condotta i cui canoni descrivono i criteri della morale e della vita, le azioni lecite ed illecite, i modi del culto e la disciplina di tutte le attività che interessano l'uomo[10].

Essa e suddivide in cinque categorie le azioni umane: atti obbligatori, consigliati, liberi, sconsigliati, proibiti [11]; come legge divina esula dal principio, di territorialità, non è legata cioè al territorio fisico ma vale per tutti coloro che appartengono all'Islam indipendentemente dal luogo in cui si trovino a vivere o soggiornare[12].

Quale principio etico – religioso che sta alla base di tutto il vivere quotidiano di un musulmano la *Shariah* si pone anche alla base della finanza islamica.

Il termine "finanza islamica", infatti, indica quel complesso di pratiche, transazioni, contratti e relazioni tra soggetti che sono conformi alle regole contenute nella legge islamica.

La nascita della finanza islamica viene fatta coincidere con l'avvio, nel 1963, della Cassa di Risparmio di *Mit Ghamar*[13], fondata dall'economista Ahmad al-Najar che ha segnato l'inizio vero del moderno fenomeno ed ha aperto la via alla fondazione di altre banche islamiche[14].

Dopo l'ascesa e caduta della *Mit Ghamar*, e la nascita, sempre negli anni

---

quanto su quello giuridico ed economico-finanziario, rileva come "questa visione crea indubbiamente problemi nell'approccio al caso concreto da parte di un interprete, giurista o corte secolare che sia, abituato a un sistema di fonti del diritto caratterizzato da procedimenti rigidi in grado di incidere sul piano della legittimità".

[10] Occorre rammentare che la *Shariah* poggia su i cc.dd. «cinque pilastri dell'Islām» (arkān al-Islām): a. Šahāda (letteralmente «testimonianza»): è la professione di fede islamica, che consiste nel rendere testimonianza di credere in Allāh come unico Dio e in Maometto come ultimo profeta; b. Salāt: è l'adorazione, talvolta tradotta con «preghiera», e consiste in una prostrazione rituale in cui la precisione dei movimenti è importante quanto l'esercizio spirituale che li accompagna; c. Zakāt: è l'elemosina, la carità obbligatoria; d. Sawm: è il digiuno nel mese di ramādan. Il digiuno consiste nell'astensione dal mangiare, dal bere, dal fumare, dai rapporti sessuali e dall'assumere alcun tipo di sostanze (anche medicinali) dall'alba sino al tramonto; e. Hağğ: è il pellegrinaggio annuale alla Mecca. In argomento, si v. Giovanni Filoramo, *Islam*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 25.

[11] Sul punto, si v. Nicola Fiorita, *op. cit.*, p. 22.

[12] Tale caratteristica trova una sua efficace sintesi nella frase "L'Islam è persona, non terra", richiamata da Monica Massari, *Islamofobia. La paura e l'Islam*, Laterza, Roma – Bari, 2006.

[13] La Mit Ghamar Bank venne costituita in Egitto con una struttura mutualistica, specializzata nel finanziamento del settore agricolo e artigianale. Essa, dopo un periodo di crisi, venne nazionalizzata nel 1967. Altri esperimenti simili si ebbero luogo anche in Algeria e in Malaysia. Di là da questa esperienza, la genesi culturale per taluni studiosi può essere fatta risalire a trent'anni prima, nell'india britannica negli anni Quaranta quando cominciava a farsi strada l'idea che i musulmani dovessero distinguersi dagli indù in molti aspetti della vita quotidiana. Sul tema, si v. Romy Hamaui, Marco Mauri, *op. cit.,* pp. 5 e ss.

[14] Per quanto pleonastico, va rilevato che con l'espressione "banche islamiche" non si fa riferimento agli istituti di credito aventi sede nei Paesi islamici, ma alle banche che operano attenendosi alle prescrizioni della *Shariah.*

’60, della *Tabung Haiji* in Malesia, la più vecchia istituzione finanziaria islamica oggi esistente, ci vollero però oltre dieci anni affinché la finanza islamica conoscesse un vero e proprio sviluppo.

Il processo subì una netta accelerazione negli anni settanta, in concomitanza con la crisi petrolifera e l’impennata del prezzo del greggio. Il conseguente abbondante afflusso di liquidità nei paesi del Gulf Cooperation Council (GCC)[15] sostenne le iniziative di costituzione di istituzioni finanziarie islamiche, anche diverse da banche, che si moltiplicarono soprattutto nei paesi del Medio Oriente e del Golfo Persico. In particolare, nel 1975 per l’iniziativa dei ministri delle finanze di alcuni paesi arabi riuniti presso l’*Organization of the Islamic Conference* (OIC), venne creata la *Islamic Development Bank* (IDB) che rappresentò il primo coinvolgimento di istituzioni e governi nello sviluppo della finanza islamica[16].

V’è da dire che l’*input* alla nascita delle banche islamiche si ebbe con l’esigenza di mettersi al pari con l’evoluzione del sistema creditizio occidentale – in un contesto globalizzato in cui l’assenza di un comparto bancario sviluppato non era più concepibile – cercando, comunque, di coniugare l’esercizio professionale dell’attività bancaria con il rispetto per le prescrizioni della *Shariah*[17], sia in termini di divieto di *riba* (interesse), che di ammissibilità di strumenti finanziari tipici dei sistemi economici occidentali[18].

Tra i fattori determinanti la nascita ed il successo della finanza islamica v’è innanzitutto la necessità di costruire strutture finanziarie più attente alle esigenze della popolazione dei paesi musulmani[19], il fallimento delle eco-

---

[15] Creata il 25 maggio 1981, su impulso dell’Arabia Saudita e pressione degli Stati Uniti, l’Organizzazione ha scopi essenzialmente economici e sociali (le questioni politiche sono raramente affrontate). Il Consiglio comprende i seguenti Stati del Golfo Persico: Arabia Saudita, Bahrain, Emirati Arabi Uniti, Kuwait, Oman e Qatar; esso persegue lo scopo di assicurare sia la stabilità economica e politica della regione, sia l’unificazione del sistema economico e finanziario dei Paesi membri.

[16] L’IDB è una banca sovranazionale partecipata da numerosi paesi dell’Organizzazione dei Paesi Islamici (OIC), con la missione di favorire, nei paesi membri e nelle comunità musulmane, uno sviluppo economico e sociale coerente coi precetti coranici.

[17] Il primo ministro della Malesia, Mohamad Mahatir, fu uno dei primi leader politici a procedere alla islamizzazione delle banche secondo la Sharia, rifiutando, in occasione della prima crisi che colpì i mercati asiatici, l’intervento del Fondo Monetario Internazionale.

[18] È il caso – come si vedrà più avanti – dei contratti convenzionali di assicurazione, caratterizzati, secondo i principi religiosi islamici da un grado eccessivo di incertezza [gharar] e da un’asimmetria tra le parti che rendono inique e quindi illecite le condizioni contrattuali. Anche i derivati e i contratti di opzione non risultano in linea con le prescrizioni coraniche in quanto sostanzialmente assimilabili al gioco d’azzardo [maisir] a causa della loro eccessiva volatilità e dell’assenza di proporzionalità col valore dei beni sottostanti. Sul punto, si v. Enrico Giustiniani, *Elementi di finanza Islamica,* in *Rivista della Guardia di Finanza n.6/2005*, p. 1943.

[19] Romy Hamaui, Marco Mauri, *op. cit*., pp. 55 e ss. spiegano che l’arretratezza economica della maggior parte dei paesi musulmani e in particolare il livello di estrema povertà in cui ha vissuto la

nomie socialiste con la loro forte connotazione laica ed, infine, la crescente importanza attribuita da parte delle economie occidentali all'aspetto etico dell'economia[20].

Dopo la prima, tumultuosa, fase di crescita, lo sviluppo del fenomeno ha registrato una relativa battuta d'arresto nel corso degli anni a causa della riduzione degli introiti petroliferi, dell'instabilità dell'area mediorientale e del crollo delle borse asiatiche del 1997.

Misero termine a questa fase di rallentamento gli attentati dell'11 settembre del 2001. L'onda di islamofobia[21] che detti attentati crearono obbligò infatti molti risparmiatori islamici a fare rientrare i propri risparmi nelle casse delle banche dei loro paesi di origine, e quindi anche nelle banche islamiche,

---

maggioranza delle popolazioni locali nel periodo coloniale e postcoloniale abbiano fatto percepire una necessità autentica di costruire strutture finanziare più vicine alle esigenze della popolazione locale.

[20] Come osservano Romy Hamaui, Marco Mauri, *op. cit.,* p. 56, "l'economia e la finanza occidentali sotto la spinta degli scandali e le frodi che hanno colpito molte imprese industriali e finanziarie hanno iniziato a diffondere idee legate alla cosiddetta *social responsability*, mentre le principali scuole di *business* impartiscono corsi di etica". Del resto, come rileva Maria D'Arienzo, *op. cit.,* pag. 6, la "cosiddetta finanza etica sviluppatasi nel mondo occidentale e la finanza islamica hanno in comune la caratteristica di ispirarsi a modelli non di pura competitività tra i soggetti economici, di mera efficienza e di profitto utilitaristico, ma di cooperazione sociale e di complementarietà".

[21] La finanza islamica è andata di pari passo, dopo gli accadimenti dell'11 settembre 2001, con l'aumento notevole di pregiudizi e animosità contro l'Islam. Sulle banche islamiche è stata calata una coltre di sospetto che ha contribuito a rallentarne l'espansione in occidente, in quanto ritenute una facciata per finanziare il terrorismo di matrice islamica; persino la zakat, l'obbligo sacro di elemosina (sulla quale si indugerà più in avanti), è stato sospettato, secondo una distorta visione delle cause di 'liberazione dalla schiavitù' per la quale può essere devoluta, di essere canalizzata verso organizzazioni terroristiche. Ma la shariah considera l'uso illegale della violenza – soprattutto contro vittime innocenti – come un crimine atroce, e di conseguenza condanna in maniera categorica il terrorismo in tutte le sue forme. Identificare la finanza islamica come una sorta di *longa manus* del jihadismo è dunque fuorviante e pregiudizievole. E, certamente, non contribuisce a quello che dovrebbe essere lo sviluppo naturale del confronto due diversi modi di fare finanza. Ciò posto, è necessario non trascurare la eventualità che la natura complessa della finanza islamica e, per certi versi, il suo poco trasparente *modus operandi* possano esporre le sue istituzioni – alla stessa stregua di quelle occidentali – a divenire uno strumento per chi ha intenti criminali. È opportuno, pertanto, conoscerne l'espansione ed eventuali patologie per individuare e controllare quali tra i canali e le attività ad essa riconducibili possono essere effettivamente a rischio di infiltrazione terroristica. In Francia a seguito della pubblicazione dell'articolo di Nathalie Halpern, *La finance islamique s'impose dans le monde musulman* su *Les Echos*, 21 sept. 2006, si è sviluppato un nutrito dibattito in ordine ai presunti legami della finanza islamica con l'integralismo religioso e il terrorismo islamico. Per approfondimenti si v, tra molti, Frédéric Coste, *L'émergence de la finance islamique aux Etats-Unis et en Angleterre:* in *La finance islamique à la française. Un moteur pour l'économie. Une alternative éthique*, éd. Secure Finance, 2008, p. 138; Jérôme Lasserre Capdeville, *La finance islamique: une finance douteuse?,* in *Cahiers de finance islamique,* consultabile sul sito www.unistrasbourg.fr, secondo il quale i pregiudizi e i sospetti sulla finanza islamica sono stati alimentati dall'ignoranza del grande pubblico che ne disconosce principi e funzionamento. Sui complessi rapporti tra Islam politico ed economico si v. anche Clement M. Henry, Rodney Wilson, *The Politics of Islamic Finance*, Edinburgh University Press, 2004.

per paura dei provvedimenti di "congelamento" e di altre misure restrittive adottate da diversi paesi occidentali.[22]

Grazie all'evoluzione che la finanza islamica ha avuto sinora, essa è presente in più di 65 paesi, e non solo a maggioranza musulmana; attualmente si contano quasi 350 banche totalmente islamiche o dotate di uno sportello islamico, oltre 250 fondi d'investimento che seguono i principi della *Shariah* ed un mercato dei titoli islamici con più di cento emittenti *corporate* o pubblici.

V'è però da rilevare che lo sviluppo non è stato geograficamente uniforme.

L'evoluzione che la finanza islamica e in particolare l'*islamic banking* hanno avuto sinora consente di distinguere quattro principali aree (Medio Oriente, Sud-Est Asiatico, Sub-Continente Indiano, Africa per un totale di circa 40 paesi) che presentano caratteristiche particolari a seconda del grado di diffusione ed applicazione della legge coranica[23].

Il fenomeno presenta la sua massima concentrazione nella regione mediorientale (oltre il 90%), con la quota maggiore in Iran (circa 60%) seguito dall'Arabia Saudita, Kuwait ed Emirati Arabi Uniti con quote comprese, rispettivamente, tra il 15% ed il 5%. In generale si va da situazioni dove il sistema, fra l'altro di natura pubblica, è interamente islamizzato (vedi Iran, Pakistan e Sudan) a situazioni intermedie di banche islamiche che coesi-

---

[22] Sottolinea che il legame tra crisi economica e sviluppo del sistema bancario islamico sia stato ampiamente accentuato dalle politiche imperialiste adottate dagli Usa in seguito all'attacco mosso da Osama Bin Laden, Loretta Napoleoni, *La morsa*, Chiarelettere, Milano, 2009, la cui tesi è richiamata da Nicola Fiorita, *op. cit.*, p. 123. Tra le misure più restrittive intraprese sul piano legislativo negli Stati Uniti d'America dopo i fatti dell'11 settembre 2011 vi è il *Patriot Act*, che ha ampliato decisamente i poteri investigativi degli organi di polizia federale, permettendo a quest'ultimi di accedere ad una serie di documenti contenenti le informazioni strettamente personali di ogni singolo cittadino, e permettendo di effettuare intercettazioni e perquisizioni sempre più invasive e lesive dei diritti sanciti nel Primo e Quarto Emendamento.

[23] Gli ordinamenti giuridici musulmani contemporanei sono il frutto di un processo di codificazione che ha avuto inizio nella metà del secolo XIX e sono caratterizzati da diversi gradi di integrazione tra le forme giuridiche islamiche (sharī'ah) e il diritto di produzione statale (qānūn), in prevalenza ispirato a modelli europei. Ciò ha ovviamente delle ripercussioni importanti dal punto di vista dell'applicabilità delle norme della sharī'ah. Come rilevato in un recente studio di Banca di Italia (*cfr.* Aa.Vv., *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale* in *Questioni di Economia e Finanza,* n.73/2010- Banca d'Italia, consultabile sul sito www.bancaditalia.it), nei paesi in cui convivono banche islamiche e banche tradizionali è possibile distinguere tre modelli di regolamentazione: a) paesi dove esistono due diversi regimi legali (conventional banking law e Islamic banking law), ad es. in Giordania, UAE, Yemen; b) paesi in cui le banche islamiche vengono regolamentate con istituti speciali ad esse dedicate, nell'ambito di un'unica legge bancaria, ad es. in Indonesia, Kuwait, Malaysia, Qatar, Turchia; c) paesi che applicano alle banche islamiche le stesse norme delle banche convenzionali, ad es. Arabia Saudita, Egitto e, in Occidente, il Regno Unito. Esistono, infine, paesi – l'Iran e il Sudan, limitatamente alle aree settentrionali, – i cui sistemi finanziari sono interamente governati dalla sharī'ah.

stono con banche ordinarie (a capitale arabo e/o occidentale), con un peso intorno al 15% dei valori di sistema ed in crescita[24].

Nei paesi arabi del Mediterraneo, con la eccezione del Libano e, in misura più limitata, della Giordania, il fenomeno presenta invece una rilevanza limitata, ancorché crescente.

Per quanto riguarda i paesi del Nord Africa, ad esempio, solo il 4.9% degli attivi finanziari in Egitto sono legati alla finanza islamica, appena il 2.2% in Tunisia e l'1.1% in Algeria, mentre il Marocco e la Libia hanno autorizzato le prime istituzioni di finanza islamica solo nel 2007, al fine di incentivare ed intercettare flussi di investimenti provenienti dai paesi del Golfo[25].

Ma la finanza islamica è un fenomeno che non è possibile circoscrivere ai soli paesi di religione islamica, specie in considerazione del crescente numero dei musulmani in Occidente[26]. Ed infatti, anche l'Europa si è aperta a questa particolare finanza a cominciare dall'Inghilterra [27]che ha autorizzato nel 2004 la prima banca islamica *retail* (Islamic Bank of Britain) e dove operano oggi, oltre ad alcune Islamic windows di banche convenzionali, cinque banche interamente islamiche.[28] Nel 2013, il governo inglese, secondo un approccio ispirato a criteri di integrazione e di armonizzazione, ha istituito una *Islamic Finance Task Force* con lo scopo precipuo di fare in modo che

---

[24] Luigi Alfano, Luciano Fiordoni, *Lo sviluppo della finanza islamica e l'«islamic banking»* in *Studi e note di economia 2/2005.*

[25] Dati estrapolati da uno studio della Banca Monte dei Paschi di Siena del 25 ottobre 2011, consultabile sul sito www.mps.it.

[26] Gian Maria Piccinelli, *Banche islamiche in contesto non islamico*, I.P.O., Roma, 1996, p. 32.

[27] Nel Regno Unito dal 1998, prima la Banca d'Inghilterra e poi il *Financial Services Authority* (*FSA*) si sono aperte alla finanza islamica. Dai primi mesi del 2000 il Governo ha introdotto una serie di modifiche fiscali e legislative specifiche per eliminare gli ostacoli allo sviluppo della banca islamica, proseguendo il lavoro di armonizzazione con la Legge finanziaria del 2003, eliminando il doppio pagamento dell'imposta di bollo sui mutui contratti dai clienti musulmani, e successivamente con le Leggi finanziarie del 2005 e del 2006 inserendo gli altri prodotti islamici nella stessa cornice fiscale delle attività bancarie convenzionali. La Legge finanziaria del 2007 ha chiarito il quadro tributario dei titoli *sukuk* ma le autorità inglesi continuano nel lavoro di armonizzazione della legislazione anglosassone. La legge che disciplina il settore bancario e finanziario è il *Financial Services and Markets Act* (FSMA) del 2000, per la quale afferma chiunque voglia condurre un'attività regolamentata nel Regno Unito è tenuto ad iscriversi negli appositi registri predisposti dal *Financial Services Authority* per ottenere le dovute autorizzazioni ai sensi della Parte IV del FSMA del 2000. L'approccio seguito dall'Autorità finanziaria inglese è basato sul principio "no ostacoli, ma niente favori speciali", evitando qualsiasi valutazione preconcetta e di carattere religioso.

[28] L'Islamic Bank of Britain, con operatività *retail*, la European Islamic Investment Bank, la Bank of London and the Middle East, la European Finance House e la Gatehouse Bank. Sebbene la nascita di banche islamiche sia recente, Londra sin dagli anni ottanta è stata una piazza attiva nelle operazioni all'ingrosso (*wholesale*) compatibili con la Sharia. Sul punto, si v. Tim Plews, *Establishing Islamic banks in the West. The case of the IBB*, in S. Jaffer ed., *Islamic Retail Banking and Finance. Global Challenges and Opportunities*, in *Euromoney Institutional Investor*, London, 2005, pp. 31-40.

Londra divenga la capitale della finanza islamica in occidente, il principale luogo per gli investimenti *Shari'a compliant* .

In altri paesi come la Germania (dove nel 2004 è stato emesso il primo Sukuk europeo con una *size* di EUR 100 milioni, su iniziativa del Land della Sassonia-Anhalt), la Francia e l'Olanda, alcune banche convenzionali hanno lanciato prodotti finanziari appositamente creati per gli investitori musulmani[29].

Anche in Italia dove la popolazione islamica rappresenta un segmento di mercato molto rilevante, l'attività di *islamic banking* potrebbe divenire un vero e proprio *business*. A riprova di tale interesse, nel 2007 l'associazione bancaria italiana e l'Union of Arab Banks, ossia l'insieme dell'industria bancaria araba, hanno firmato un memorandum di intenti, in base al quale è stata programmata una attiva collaborazione fra le parti. È stata prevista, infatti, un'opera di avvicinamento e cooperazione fra i due sistemi bancari, per cercare di accrescere i già forti rapporti economici tra i paesi arabi e quelli del mediterraneo, *in primis* l'Italia.

La situazione attuale, vede però, il persistere delle difficoltà del sistema bancario italiano, soprattutto nel confronto con un modello di intermediazione del credito basato su principi di natura religiosa e i cui prodotti finanziari e concetti di fondo restano ancora poco conosciuti anche all'interno della comunità finanziaria e imprenditoriale italiana. Ne deriva che il settore risulta ancora agli albori anche se si stanno moltiplicando i segnali di attenzione e interesse da parte di operatori finanziari per favorire forme di integrazione economica[30].

La verifica di una potenziale compatibilità tra regole della *Shariah* e ordinamento italiano può giovarsi dell'esperienza della Gran Bretagna che dimostra, pur considerando i tempi di apprendimento commisurati alle difficoltà che il problema introduce, come la costituzione di una banca islamica sia possibile in un contesto dove si applicano alle banche regole di vigilanza derivate dalle direttive comunitarie.

In definitiva, si può dire che nonostante gli ottimi ed innegabili traguardi raggiunti è difficile prevedere come e quanto la finanza islamica riuscirà ad espandersi ulteriormente nel sistema finanziario occidentale.

---

[29] Fra le banche occidentali che hanno aperto *Islamic windows* vi sono Goldman Sachs & Co, HSBC, Barclays e Citibank, che ha addirittura aperto una banca autonoma islamica nel Bahrain.

[30] Ignazio Visco, Governatore della Banca d'Italia, ad aprile 2013, in occasione del quarto Forum della finanza islamica, ha affermato: «L›opportunità di attrarre capitali stranieri e l›intensità di legami commerciali e finanziari con la sponda Sud del Mediterraneo rende sempre più importante, per il nostro Paese e il suo sistema finanziario, essere preparato alla conoscenza e agli strumenti operativi per interagire con quei sistemi che obbediscono ai principi della finanza islamica».

Resta indubbio che essa rappresenta un nuovo approccio, una nuova visione nella macroeconomia globale[31]. Un approccio non '*interest based*', non caratterizzato da quei fenomeni di *moral hazar* e informazioni asimmetriche che hanno condizionato negativamente la cd. finanza convenzionale, fino a esporla a devastanti eventi di *default*. Se il fattore religioso non sarà strettamente anteposto a considerazioni di carattere puramente economico quali la redditività degli investimenti o l'efficienza del servizio finanziario offerto, allora la concorrenza tra intermediari islamici e intermediari tradizionali sarà più forte, perché la finanza islamica sarà in grado di attrarre anche clienti e investitori non islamici. In caso contrario essa rimarrà attiva su un segmento di mercato ben delimitato, con conseguenze ed implicazioni sistemiche più modeste. La prospettiva ideale, come acutamente osservato, sembra essere quella del perseguimento del *dual banking system*, tanto nelle regioni musulmane quanto nel resto del mondo, ciò al fine di godere di un'offerta di prodotti finanziari maggiormente competitiva e in grado di soddisfare istanze di matrice etico-religiosa[32]. Si tratta, in altri e più succinti termini, di aprirsi ad un sistema condizionato dal rispetto di valori religiosi, che possiamo rinvenire non solo in altri testi sacri ma anche nelle costituzioni occidentali, le cui prassi contrattuali finanziarie vanno valutate sotto il profilo della meritevolezza degli interessi in concreto perseguiti[33].

2. *Principi della finanza islamica*

Tracciate le linee storico-evolutive della finanza islamica, è opportuno ora volgere l'attenzione sui principi e le fonti giuridico religiose che la go-

---

[31] Ciò è evidenziato da Hideur Nasser, in "*Le banking islamique*", Echanges, mars, n. 241, p. 70 il quale richiama i punti di forza della finanza islamica e afferma:"fondée sur la valorisation du travail au lieu de la spéculation oisive, la stimulation d'une croissance réelle et durable au lieu de bulles financières sans rapport avec la sphère économique concrète, la justice et la moralité qui font tant défaut au monde de la finance d'aujourd'hui".

[32] Tommaso V. Rizzo, *op.cit.*,

[33] Tommaso V. Rizzo, *op. cit.*, il quale evidenzia come oggi "l'interprete, il civilista, deve misurarsi con l'analisi delle prassi negoziali finanziarie *Shari'a compliant* nella prospettiva della valutazione delle forme di tutela degli interessi dei contraenti di religione musulmana, italiani e non, alla luce dei principi che caratterizzano la legalità costituzionale". L'A., inoltre, richiamando la dura censura alla 'tecnica della sussunzione' mossa da Pietro Perlingieri, in *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 1988, p. 29, sostiene l'adozione di una metodologia di analisi che "deve necessariamente sfuggire alla 'trappola' metodologica della sussunzione in una non meglio precisata categoria contrattuale, dovendo invece essere condotta nella prospettiva dell'analisi in concreto dei profili funzionali degli interessi dedotti nel contratto".

vernano. Occorre premettere che l'etica musulmana considera strettamente interdipendenti l'attività economica e la questione del lecito (*halal*) e dell'illecito (*haram*)[34] valutandone il rapporto secondo parametri forniti dai valori morali e sociali che l'individuo è obbligato a rispettare nelle sue differenti sfere d'azione.

Pur essendo, senza dubbio alcuno, favorito lo sviluppo produttivo ed il commercio (il Profeta Maometto era egli stesso commerciante)[35], occorre rispettare nell'esercizio delle attività economiche talune limitazioni per preservare la coerenza con l'ordine morale divino che predica la giustizia, l'equità, nonché il perfetto equilibrio delle prestazioni contrattuali[36].

Per tale ragione si parla spesso della finanza islamica come di una *prohibition-driven finance*, ovvero un tipo di finanza subordinato a norme etico-religiose stringenti [37].

Il divieto sacro che ha definito l'architettura del sistema finanziario islamico è il principio secondo il quale *"il denaro non può generare denaro"* e che l'accumulo di ricchezza e il profitto sono legittimi di fronte a *Allah* (Dio) soltanto se maturati mediante attività operosa.

In questo contesto si inseriscono i cinque pilastri della finanza islamica.

2.1 Riba*, divieto di percepire interessi*

Il divieto di *riba*[38] (la cui radice araba significa letteralmente "eccede-

---

[34] Il 'filtro' morale islamico distingue i comportamenti (come ad esempio le scelte di consumo) in *halal* (ammessi), *haram* (proibiti) e *makrough* (ammessi in alcune circostanze e condizioni). Tra i settori *haram*, in cui una banca non può investire, rientrano quelli del tabacco, dell'alcool, del gioco d'azzardo (*moral hazard*) e della speculazione, della pornografia, della carne di maiale e delle attività bancarie *interested-based*.

[35] Questo *favor* è accompagnato dal costante monito a non accumulare ricchezza senza considerare, nel contempo, le esigenze di quanti versino in condizioni economiche e sociali svantaggiate, poiché il comportamento contrario non condurrà alla salvezza nel mondo terreno o nell'aldilà se non assume un valore intrinseco agli occhi di Dio (versetto 37, Sura XXXIV del Corano). Si v., per ulteriori connotazioni, Abdullah Saeed, *Islamic Banking and Interest. A Study of the Prohibition of Riba and its Contemporary Interpretation*, Leiden-New York-Köln, 1996, pp. 18 s.

[36] Difatti, una volta conseguita la ricchezza, quanto guadagnato dovrà essere utilizzato in attività socialmente produttive, atteso che il Corano considera positivamente l'attività commerciale quando questa è realizzata in modo equo e onesto (si v. Sura VI, versetto 152 "Non avvicinatevi se non per il meglio ai beni dell'orfano, finché non abbia raggiunto la maggiore età, e riempite la misura e date il peso con giustizia….."; Sura XXVI, versetti 181 "Colmate la misura, e non siate fraudolenti", 182 "e pesate con giusta bilancia", 183 "Non date agli uomini meno di quel che spetta loro e non corrompete la terra portandovi disordine").

[37] Così, Mahmoud A. El-Gamal, *Islamic Finance: Law, Economics and Practice,* Cambridge University Press, 2006, p. 37.

[38] Per l'inquadramento del divieto, nella prospettiva non solo dottrinale, ma anche giuspolitica

re", "accrescere", "aumentare") è il rigido caposaldo di tutto il sistema finanziario islamico e trova la sua origine nell'idea che l'usura e l'interesse costituiscono manifestazione di un arricchimento ingiustificato produttivo di uno squilibrio tra le prestazioni.

La concezione negativa dell'apposizione di un interesse sul prestito è comune a tutte le grandi religioni monocratiche[39] ma, l'Islam, è l'unica che ne ha mantenuto il suo originario, rigido, connotato[40].

L'interesse sul capitale prestato, così come inteso nel sistema bancario convenzionale, è considerato nella visione islamica sfruttamento, usura, in quanto applicato in assenza di un *asset* produttivo sottostante.

---

e coerente alla prassi della banca islamica, possono indicarsi, senza pretese di esaustività, oltre al classico studio in lingua italiana di DAVID SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, Roma, 1938, p. 60 ss., anche i seguenti lavori: ABDULLAH SAEED, *op.cit.*, p. 17 ss.; FRANK E. VOGEL, *The Islamic Law of Finance*, in FRANK E. VOGEL - SAMUEL. L. HAYES III, *Islamic Law and Finance. Religion, Risk, and Return*, The Hague - London-Boston, 1998, p. 19 ss.; YASIN DUTTON, *The Origins of Islamic Law*, Richmond, 1999, p. 149 ss.; MERVYN. K. LEWIS - LATIFA M. ALGOUD, *Islamic Banking*, Cheltenham-Northampton, 2001, p. 34 ss., 185 ss.; IMANE KARICH, *Le Système Financier Islamique. De la Religion à la Banque*, Bruxelles, 2002, p. 32 ss.; MOHAMMAD. H. KAMALI, *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge (UK), 2005, pp. 101 ss.; MAHMOUD A. EL-GAMAL, *Contemporary Islamic Law and Finance: the Tradeoff between Brand-Name Distinctiveness and Convergence*, in J. Berkeley, Middle E. & Islamic Law 193 (2008 - 2). Si v. inoltre, tra i molteplici studi sul tema di GIAN MARIA PICCINELLI, la voce Ribā, in Dig. disc. priv., sez. civ., vol. XVII, p. 494 ss.; ID., *Il diritto agli interessi nei paesi arabi*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1996, p. 35 ss.; ID., *Banche islamiche in contesto non islamico*, *op.cit.*, spec. p. 17 ss.; SORAYA FARHI, *La banca islamica e i suoi fondamenti teorici*, Catanzaro, 2010;

[39] Il divieto di prestito ad interesse costituisce una costante anche nel pensiero non islamico, a partire dall'Antico Testamento (Esodo, XXII, 25; Levitico, XXV: 36, 37; Deuteronomio, XXIII: 19, 20), per proseguire con la filosofia greca ed approdare, infine, al Nuovo Testamento (si v. il Vangelo di Luca, VI: 34, 35). In particolare, l'argomento relativo alla sterilità del denaro, che i giuristi islamici di stampo conservatore propongono in senso rafforzativo del divieto di prestito ad interesse, trova significative corrispondenze nel pensiero di Aristotele (si v. in particolare Etica Nicomachea, IV, 1, 37), il quale si concentra sulle caratteristiche della moneta come oggetto fisico, tangibile (essa si presenta realizzata in metallo, è trasportabile, può essere facilmente afferrata, ha impresso il proprio valore) e, perciò, in sostanza, concepita in senso esclusivamente numismatico. Nella visione aristotelica è del tutto assente, allora, qualsivoglia riferimento al denaro come concetto astratto, assenza che è riscontrabile anche, e significativamente, presso gli antichi giuristi musulmani (si v., in tal senso, ABDULLAH SAEED, *op.cit.,* p. 122). Un'ampia sintesi delle correlazioni tra le idee ora menzionate e i principî islamici si rinviene in PAUL S. MILLS, JOHN R. PRESLEY, *Islamic Finance, Theory and Practice*, London-New York, 1999, i quali, alla p. 112, fanno notare come qualsivoglia tentativo di importare nelle società occidentali il divieto di interesse condurrebbe alla formazione di un mercato nero dei prestiti, essendo oramai venuto meno il substrato etico-religioso della suddetta proibizione; si v. inoltre, per ulteriori informazioni storiche, NABIL A. SALEH *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law - Riba, Gharar and Islamic Banking*, 2nd Edition Cambridge University Press, p. 11 ss. Per un confronto con i principî cristiani in materia di divieto di usura, si rinvia HAMID ALGABID, *Les banques islamiques*, Economica, Parigi, 1990, p. 51 ss., il quale, in particolare, sottolinea come i paesi in cui si diffuse la riforma protestante abbiano accettato più rapidamente la legalità del prestito ad interesse rispetto a quanto verificatosi negli stati cattolici.

[40] Così NICOLA FIORITA, *op. cit..,* p.116 .

Il motivo principale di tale proibizione è, sostanzialmente, legato ai valori di giustizia[41] distributiva perseguiti nel Corano ove si esorta di evitare l'accumulo di ricchezza in poche mani[42], siano esse rappresentate da banche o privati cittadini.

Secondo il diritto islamico, il profitto è infatti legittimato solo dall'esistenza di un rischio e dalla sua condivisione tra le parti; la nozione classica di interesse come "remunerazione per il differimento del consumo" è quindi inevitabilmente rigettata: può essere remunerato solo lo sforzo fisico e intellettuale delle persone, e non la mera attesa.

L'interesse nella sua accezione di arricchimento ingiustificato è considerato dalla *Shariah* uno dei sette peccati più gravi, tant'è vero che viene, di fatto, condannato a molte riprese nel Corano[43].

Il *riba* per la maggioranza dei musulmani comprende, oltre all'usura, l'interesse in tutte le sue manifestazioni, senza distinzioni tra prestiti per obiettivi di consumo o di produzione, di natura personale o commerciale, se debitore è un ente pubblico o un privato, se il tasso di interesse è basso o alto[44].

La illiceità del *riba* poggerebbe soprattutto sul fatto che esso rappresenta un incremento di capitale non giustificato dall'assunzione di un rischio, ma

---

[41] Sulla molteplicità di significati che emergono dall'analisi del concetto di giustizia presente nel testo coranico, si v. Tommaso V. Rizzo, *op. cit*., il quale osserva: "La 'giustizia' ha molteplici sfaccettature che vanno dal significato di 'correttezza', 'eguaglianza', 'meritevolezza', 'equità', 'moderazione', 'ragionevolezza': tutti significati in grado di caratterizzare ogni sistema giuridico e certamente, quello italo- europeo".

[42] La funzione solidaristica della finanza islamica è ampiamente richiamata da Antonino Gatto in "*Fondamenti etici della finanza islamica*", consultabile sul sito www.economia.unime.it, p. 61, che sul punto cita espressamente il Corano, 59, 7 "Il bottino che *Allah* concesse al Suo Inviato sugli abitanti delle città appartiene ad *Allah* e al Suo Inviato, ai (suoi) familiari, agli orfani, ai poveri e al viandante diseredato sicché, non sia diviso tra *i ricchi tra di voi…*" .

[43] Così troviamo scritto nel Corano: "Coloro (…) che si nutrono di usura resusciteranno come chi sia stato toccato da Satana. E questo perché dicono: "Il commercio è come l'usura!". Ma Allah ha permesso il commercio e ha proibito l'usura." [Corano II. Al-Baqara, 275]; "Allah vanifica l'usura e fa decuplicare l'elemosina. Allah non ama nessun ingrato peccatore." [Corano II. Al-Baqara, 276]; "O voi che credete, temete Allah e rinunciate ai profitti dell'usura se siete credenti." [Corano II. Al-Baqara, 278]; "O voi che credete, non cibatevi dell'usura che aumenta di doppio in doppio. E temete Allah, affinché possiate prosperare." [Corano III. Al-'Imrān, 130]; "Ciò che concedete in usura, affinché aumenti a detrimento dei beni altrui, non li aumenta affatto presso Allah. Quello che invece date in elemosina bramando il volto di Allah, ecco quel che raddoppierà." [Corano XXX. Ar-Rum, 39]

[44] *Council Report* del Council of Islamic Ideology del 1980 in Pakistan, pag. 1. È bene precisare come sia erronea l'esclusiva identificazione del *riba* con il concetto di usura e/o interesse, in quanto la valutazione non avviene in termini di valuta, ma rilevano le qualità delle merci utilizzate per lo scambio. Cfr. Mahmoud A. El-Gamal, *Islamic Finance: Law, Economics and Practice,* Cambridge University Press, 2006, p. 51.

una “rendita” da transazione sconnessa da una sottostante attività reale[45]. In tal modo, secondo la prospettiva islamica di giustizia sociale ed economica, il *riba* si configura come esito di uno scambio “ineguale”, frutto di una pura attività finanziaria, e come un “vantaggio senza equivalente di un servizio reso”[46].

Riba, pertanto, sarebbe “ogni incremento di ricchezza che non abbia come base, e quindi non derivi, da un’azione produttiva” [47].

Invero, il termine *riba* individua diverse tipologie di guadagno non dovuto, riferite non solo ai rapporti tra creditore e debitore, ma anche agli scambi ed alle prestazioni di servizi, dove vi sia uno squilibrio sostanziale tra le prestazioni[48]. Ancor prima di essere esteso a tutte le operazioni giuridiche implicanti uno scambio il concetto di *riba* è stato specificamente studiato in relazione alla compravendita e all’oggetto della medesima[49].

I giuristi musulmani da sempre distinguono due forme di *riba*: il *riba al-nasiah* e il *ribā al-fadl*. [50]

La prima, *riba al-nasiah*, afferisce ai rapporti tra creditore e debitore e consiste nel corrispettivo richiesto a fronte del godimento di un capitale in un certo arco temporale. Si tratta dell’usura in senso tecnico, nella quale il profitto del creditore è in sostanza il risultato di un’obbligazione pecuniaria[51].

La seconda, *ribā al-fadl*, attiene agli scambi di beni ed alle prestazioni di servizi, caratterizzati da uno squilibrio sostanziale[52], come nel caso, ad esempio, di prestazioni tra loro identiche per specie, ma eccedenti l’una ri-

---

[45] Antonino Gatto, *op. cit.,* p. 62.

[46] Così, Dhafer Saidane, *La finance islamique,* in *Revue Banque Edition*, Paris, 2009, p. 46.

[47] Gian Maria Piccinelli*, Ribā*, in Dig. (disc. priv.), *op.cit*., pp. 22 ss . Come osserva Maria D’Arienzo, *op. cit*., pp. 3 e 4, “(i)l desiderio di ricchezza e l’orientamento produttivistico dell’attività economica non è nell’Islam condannato in quanto tale, ma la sharī‘a prevede delle forme di regolamentazione del rapporto tra l’uomo e la ricchezza che permettono all’*homo islamicus* di realizzare la propria dimensione spirituale e religiosa quale fine ultimo di ogni azione e comportamento, anche economico, attraverso divieti e prescrizioni.”

[48] Sul punto, si v. Emilio Bussi, *Principi di diritto musulmano,* Cacucci, Bari, 2004, p. 135, il quale osserva: “Si è posto in rilievo come il divieto del ribā sia più ampio del divieto canonico dell’usura, in quanto il primo non si limita al mutuo di valuta, ma comprende anche la permuta di cose della medesima specie, vietata ove vi sia differenza di quantità o differimento di una delle due prestazioni”.

[49] Sul punto, si v. Nayla Comair-Obeid, *Le contrats en droit musulman des affaires,* Economica, Parigi, 1995.

[50] Per approfondimenti sulla distinzione, si v. Romy Hamaui, Marco Mauri, *op. cit.,* p. 23 ss.

[51] Gian Maria Piccinelli, *Ribā*, in Dig. (disc. priv.), cit., p. 495.

[52] Gian Maria Piccinelli, *Il diritto agli interessi nei paesi arabi*, in *Diritto del commercio internazionale*, Torino, 1996, p. 40.

spetto l'altra[53]. La proibizione del *ribā' al-fadl* concerne, pertanto, ogni conseguimento di un valore maggiore rispetto alla propria prestazione in uno scambio; essa si pone così come precetto di chiusura per qualunque forma di sfruttamento attraverso transazioni inique[54].

Il *riba* può realizzarsi, quindi, in molteplici forme, tutte allo stesso modo vietate. Infatti, esso può consistere, ad esempio:

– in una eccedenza della quantità dei beni restituiti, in qualsiasi forma avvenga (ad esempio, donazioni);

– in una eccedenza nella qualità dei beni restituiti, che si realizza quando il mutuatario restituisce la stessa quantità di beni, ma di una qualità superiore a quella che avevano i beni ricevuti in mutuo;

– nel compimento da parte del debitore di un'ulteriore prestazione a favore del mutuante;

– nel pagamento o nella restituzione dei beni in un luogo diverso da quello dovuto, in quanto ciò può arrecare un arricchimento in termini di spese di trasporto o di rischio;

– nel pagamento in un tempo diverso da quello dovuto;

– nel concedere in sublocazione ad un terzo un bene ad un canone maggiore di quello corrisposto;

– nel rivendere un bene ad un prezzo superiore al costo di acquisto [55].

Il divieto di ribā', estrinsecandosi nella varietà di forme ora evocate, comporta, sul piano meramente tecnico, non poche difficoltà e condizionamenti nelle moderne transazioni commerciali. È auspicabile, pertanto, mitigarne il rigore in base ad un'esegesi delle relative fonti più coerente con l'evoluzione dei rapporti socio-economici, proponendo strumenti giuridici partecipativi, con i quali il prestito con interesse viene sostituito dall'integrazione tra soggetti economici in cui la condivisione dei profitti e delle perdite derivanti dalla comune intrapresa giustifica la remunerazione del finanziamento concesso[56]. La reale portata della proibizione del *riba*, infatti, ben si comprende

---

[53] Shaikh Draz, *L'Usure en droit musulman*, in *Travaux de la semaine internationale de droit mus*ulman, Sirey, Paris, 1953, p. 152.

[54] Tale riba si fonda su di un ḥadīth, secondo cui il Profeta redarguiva chi riferiva di aver scambiato merce con merce, ma in una misura diversa. L' ḥadīth, è richiamato da R.omy Hamaui, Marco Mauri, *op. cit.,*, p. 22: "Vendi oro per oro, argento per argento, grano per grano, orzo per orzo, dattero per dattero, sale per sale, nella stessa specie, nella stessa quantità, faccia a faccia (contestualmente); se le merci differiscono, puoi vendere come desideri purché lo scambio sia contestuale. Chi paga di più o riceve di più cade nel *riba.* Chi prende e chi riceve è uguale (nella colpa)."

[55] Per maggiori approfondimenti su quest'ultima forma, si v. Fabrizio Ceppi, *Il divieto degli interessi nel diritto musulmano e le banche islamiche,* consultabile in *Federalismi.it*, 2011.

[56] Così quasi testualmente, Luigi Nonne, *Il prestito ad interesse nel diritto islamico tra solidarietà e profitto*, consultabile in www.dirittoestoria.it, n.8/2009.

se analizzata alla luce di un più ampio contesto di regole e principi che ne tenga "sempre presenti le concrete attuazioni in uno con l'elasticità degli operatori e delle istituzioni di vigilanza sempre più attente a legittimare fenomeni di 'purificazione', nella prospettiva di un avvicinamento ai comportamenti negoziali, ma anche alle prassi, della finanza cd. convenzionale."[57]

2.2 Gharar*, divieto di introdurre elementi di incertezza o di speculazione (*Maisir*)*

Altri due fondamentali divieti alla base della finanza islamica sono il divieto di *gharar* (incertezza) e di *maysir* (speculazione)**,** che rispondono all'intento di scoraggiare le speculazioni puramente finanziarie, secondo il principio che "non si può vendere ciò che non si possiede".

Il *Gharar* si individua in una transazione contrassegnata da elementi di incertezza, ambiguità o inganno. Si considera *gharar* tutto ciò che in un contratto ne determina incertezza in ordine alla quantità, natura dei beni e al loro valore, al prezzo e ai termini di pagamento. Ai fini delle prescrizioni *shariaitiche*, dunque, affinchè un contratto sia valido deve esprimere con chiarezza la quantità del bene, la sua esistenza e l'effettivo suo essere in possesso di colui che lo vende[58].

La raccomandazione relativa alla chiarezza discende direttamente dal Corano, ove Dio raccomanda di stipulare contratti in presenza di testimoni. La giurisprudenza commerciale islamica presta particolare attenzione alla strutturazione dei contratti e al modo in cui sono redatti, dal momento che qualsiasi incertezza può causarne l'invalidità. La proibizione del *gharar* eccessivo e la conseguente nullità contrattuale, rappresentano un pressante monito a redigere in un modo completo i contratti e a concludere gli stessi con la maggior diligenza possibile. Questa necessità di chiarezza del contenuto contrattuale preclude la stipula di contratti con asimmetria informativa. La condanna del *gharar* ha, pertanto, un fondamento equitativo; si cerca, cioè di evitare che una delle parte possa trarre un ingiusto profitto da elementi contrattuali che danno adito a eccesso di incertezza e rischio.

Risultano conseguentemente interdette le attività con le quali si attua il trasferimento di rischi da un soggetto all'altro, nonché le transazioni relative a molti prodotti dell'odierno mercato finanziario legati ad elevati elementi di

---

[57] Così, Tommaso V. Rizzo*, op. cit.*

[58] Mohammad N. Fadeel (2002), *Legal Aspects of Islamic Finance*, in Simon Archer, Rifaat Ahmed A. Karim, *Islamic Finance*, Innovation and Growth, Euromoney books and AAOIFI, London, p. 23.

incertezza e di speculazione (come ad esempio *swaps*, *futures*), che vengono assimilati al già proibito gioco d'azzardo[59].

Parimenti coinvolto è il settore assicurativo per gli elementi di rischio e di incertezza che lo caratterizzano e che non possono essere oggetto di vendita.

L'assicurazione convenzionale è strettamente vietata in quanto, di norma, l'assicurato paga un premio certo per un beneficio incerto che può essere nullo o di gran lunga superiore al premio pagato. Inoltre, in base al Corano, si ritiene che tutti gli eventi sono decisi dall'alto e nessuna azione umana può cambiare il corso degli avvenimenti divini. Tutto dipende da Allah per cui non vi è necessità di un'assicurazione.

Le più diffuse tipologie di assicurazione sono state viste con disinteresse dal mondo islamico sino alla emanazione nel 1985 della Resolution n. 9 della Islamic Fiqh Accademy, per la quale l'unica forma assicurativa conforme allo spirito islamico è l'istituto del *takaful*, ovvero l'assicurazione cooperativa su base solidaristica, ritenuta da taluni studiosi un modello di *welfare* al servizio della comunità musulmana. Nell'assicurazione islamica gli assicurati cooperano tra loro, contribuendo alla creazione di un fondo dal quale attingere per il pagamento dell'indennizzo. Non vi è quindi una compravendita di garanzie. E non esiste un rapporto assicurato-assicuratore bensì partecipante al fondo-insieme di partecipanti.

I contratti di *takaful* possono essere divisi in due tipi a seconda del rischio assicurato.

Si parla di *general takaful* quando vengono assicurati su base annuale i rischi associati ai beni ed i rischi relativi alla responsabilità civile.

Si parla invece di *family takaful* quando vi è commistione tra assicurazione ed investimento di lungo termine.

Gli eventi assicurabili sono matrimonio, educazione e scolarità, rito del pellegrinaggio alla Mecca.

Questi contratti permettono di assicurare la vita (ma a differenza dei contratti tradizionali, la causa della morte è ininfluente sui diritti dei congiunti del *de cuius*) e propongono piani di risparmio (ccdd. *family life takaful*)[60].

Nelle figure contrattuali summenzionate il divieto di *gharar* è stato mitigato attraverso un'evoluzione del concetto stesso di assicurazione e di *alea*:

---

[59] Il divieto in esame ha sollevato dispute riguardo alla ammissibilità del "commercio" dei titoli di borsa. Le questioni sono state risolte positivamente, in quanto si ritiene che, in ogni caso, quei titoli conservano sempre un qualche legame con una attività economica reale sottostante. Sul punto, si v. Iqbal Zamir, Mirakhor Abbas, *An Introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, John Wiley and Sons, Singapore, 2007, p.68.

[60] Sul punto, si v. Romy Hamaui, Marco Mauri, *op. cit.,* pp. 123 ss.

è vero che l'incertezza o *alea* è una condizione necessaria per invalidare un contratto, ma questa non è un elemento di per sé sufficiente, in quanto occorre che una parte tragga un profitto ingiusto speculando a danno dell'altra[61].

Per quanto riguarda invece il divieto di *maysir* esso si riferisce più propriamente al gioco d'azzardo e alla speculazione, a tutto ciò che intacca la lucidità e distrae dal reale e dal tangibile. Il divieto di *maysir* [62]si pone alla base del rifiuto di molte operazioni speculative attuate tipicamente nei mercati dei Paesi dell'Occidente come la negoziazione di derivati, ma anche la sottoscrizione di contratti assicurativi convenzionali. Ciò, come già osservato, perché i precetti coranici proibiscono l'investimento in attività puramente finanziarie che non abbiano un legame stretto con l'economia reale, basata su beni e servizi.

I divieti di gharar e maysir, insieme alla proibizione degli interessi (riba) rivelano, in definitiva, l'aspirazione etica della finanza islamica, la quale nel rifuggire da fenomeni di trasferimento totale del rischio o impermeabilità dello stesso si differenzia nettamente dalla finanza cd. convenzionale, sempre più orientata verso l'utilizzo di strumenti finanziari altamente speculativi, privi di un *asset* sottostante e rivolti alla "realizzazione di interessi non in grado, in concreto, di superare positivamente quel giudizio di meritevolezza richiesto dall'ordinamento, quanto meno quello italiano'[63] .

2.3 Haram*, divieto di finanziare settori proibiti dalla* Sharia

La parola *haram* significa in arabo "proibito" e viene utilizzata per definire alcuni comportamenti peccaminosi come l'adulterio, il consumo di alcool o di carne di maiale, lo sfruttamento della prostituzione, l'uso di un linguaggio profano o il compimento di atti sacrileghi.

---

[61] Gian Maria Piccinelli, *Assicurazioni, finanza e solidarietà: il nuovo modello del takàful Islamico* in *Italia mondo arabo*, Aprile/Giugno, 2004.

[62] Se nel caso del *gharar* è ammessa qualche deroga, posto che alcuni elementi di rischio sono accettabili, anzi intrinseci e necessari alla stessa pratica commerciale, il *maysir* è sempre vietato. "*In verità il vino, il maysir, le pietre idolatriche, le frecce divinatorie sono sozzure, opere di Satana;evitatele, a che per avventura possiate prosperare. Perché Satana vuole, col vino e col maysir, gettare inimicizia e odio fra di voi…"* (Corano, V, 90-91).

[63] Così, Tommaso V. Rizzo*, op. cit.* L'A., sempre con riferimento alle caratterizzazioni della finanza cd. convenzionale, rileva che: "il progressivo aumento di fenomeni di *moral hazard*, di asimmetrie informative nella contrattazione finanziaria, troppo spesso aventi quale fine ultimo il trasferimento dei rischi, anziché la loro condivisione, costituisce forse il segnale maggiormente significativo di un abuso di quella libertà di iniziativa economica tutelata dalla Costituzione quale principio inviolabile della persona".

Dettare quel che è *haram* è diritto solo di Allah[64].

I principi del cd. *haram* si applicano anche in ambito finanziario per contrastare la ricchezza ottenuta con comportamenti contrari ai precetti del Corano. Di conseguenza, è vietato, poiché esplicitamente proibito, l'investimento in attività economiche connesse (direttamente o indirettamente) alla distribuzione/produzione di alcol, tabacco, armi, carne suina, pornografia, gioco di azzardo [65].

Se da un lato l'Islam riconosce libertà nell'attività imprenditoriale e negoziale, dall'altro indica i confini entro cui tale libertà può essere esercitata.

2.4 Zakat*, obbligo dell'elemosina*

Chiunque possieda un ammontare minimo di ricchezza è obbligato a purificare sé stesso, o il suo patrimonio, con il pagamento di un'offerta[66].

---

[64] Allah dice "in verità questa è la Mia retta via: seguitela e non seguite (altre) vie poiché esse vi separeranno dalla Sua via. Questo Egli ha ordinato per voi affinché possiate diventare Al- Muttagoon (pii)" [al- An'aam 6:153]

[65] In linea generale, vi sono due categorie di "muharramat"(cose proibite): quelle materiali e quelle morali, riguardanti la sfera etica. Riguardo alle interdizioni materiali, ricordiamo: la carne di animali non macellati islamicamente (è fortemente raccomandato, infatti, consumare carne "*halal*", ottenuta dalla macellazione rituale islamica che prevede lo sgozzamento, e quindi il dissanguamento dell'animale); la carne ed il sangue del maiale, il maiale ed i suoi derivati sono considerati impuri ed il precetto viene rigidamente osservato sia perché rivelazione divina sia alla luce di considerazioni igienico-sanitarie; gli alcolici, le droghe ed il tabacco illeciti perché intossicando l'organismo, ne pregiudicano la salute ed il buon funzionamento, sia fisico che mentale; la carne di animali da preda, che si nutrono di rifiuti ed ogni cibo contaminato da sporcizia; le rappresentazioni iconografiche, ad es. e' proibita la rappresentazione pittorica di figure di esseri umani e di soggetti religiosi; l'omosessualità' che rappresenta uno squilibrio, una disfunzione, un comportamento innaturale che devia dalle norme della realizzazione degli esseri umani di fronte a Dio. Riguardo alle interdizioni inerenti la sfera etica, la conoscenza del sistema islamico e della *Sharia* rende chiaro che sono illeciti tutti quegli atti volti a danneggiare, con la parola e con l'azione, gli altri. In particolare, è vietato: rendere falsa testimonianza, rubare, uccidere, commettere adulterio, appropriarsi delle altrui proprietà, commettere frodi, parlare male degli altri, danneggiarli in qualsiasi maniera. Per maggiori approfondimenti, si rinvia ai siti www.arabcomint.com e www.islamshia.org.

[66] È, in un certo modo, il debito verso Dio che il musulmano deve saldare per ciò che Egli gli ha dato: in questo modo ci si purifica (za-ka-ha) e si rende legale tutto quello che si possiede.
La *zakat*, come gli altri doveri è citata nel Corano, ma dettagliata dagli ahadith del Profeta e dalla legge. L'ordine divino è chiaro in proposito: "Eseguite la preghiera, date in elemosina" (Corano, sura II, v.43). Il Profeta disse: "La carità e un obbligo per ogni musulmano, e colui che non ne avesse i mezzi faccia una buona azione o eviti di commetterne una sbagliata. Questa è la sua carità"; "Ogni buona azione è carità, certamente é un buon gesto andare incontro al proprio fratello con un' espressione aperta ed offrirgli di che dissetarsi"; "Il sorriso ai vostri fratelli é carità, la vostra esortazione a compiere buone azioni é carità, così come proibire le cose vietate é carità, dare indicazioni della strada a coloro che si sono persi é carità e la vostra assistenza ad un cieco è carità" ;"Far conciliare due persone è carità; aiutare qualcuno che viaggia a portare i suoi bagagli e carità; anche chiare e

La *Zakat* obbliga ogni anno tutti i musulmani adulti ad fare elemosina attraverso donazioni che vengono effettuate dai fedeli solitamente durante il periodo del Ramadan[67].

Tale obolo, visto più come dovere morale che come semplice imposta[68], di fatto costituisce una tassazione sulla ricchezza detenuta (in denaro ed in altri beni) e la percentuale di prelievo ritenuta congrua si aggira intorno al 2,5 % dell'incremento di ricchezza annua[69]. Come opportunamente osservato, "(l)a ragione dell'esistenza di tale pagamento è da ricercarsi negli obiettivi di equità e giustizia economico-sociale che sono alla base del modello islamico; il suo pagamento rafforza da un lato il cammino del singolo musulmano sulla via di fede e dall'altro persegue obiettivi sociali di lotta alla povertà e risposta ai bisogni dell'*umma*, evitando che la ricchezza si concentri nelle mani di pochi."[70] La *zakat*, dunque, oltre ad assolvere una funzione spirituale, si configura come uno strumento sociale di capitale importanza per lo sviluppo armonioso della società, in cui giustizia sociale, solidarietà e fratellanza vengono eretti a regola generale di vita civile.

La legge islamica prevede otto possibili destinatari: i poveri (*faqir/fuqara)*, i bisognosi (*miskeen*), o coloro che hanno comunque redditi inferiori ad un minimo, i debitori (*gharimin*), i simpatizzanti convertiti o inclini alla conversione (*muallaf*), i viaggiatori (*ibnus salib*), le cause della liberazione dalla

---

confortevoli parole sono carità, rispondere a una richiesta con dolcezza é carità, così come rimuovere gli ostacoli, come rovi e sassi, ai viandanti é carità".

[67] Come noto il mese di Ramadan è il nono del calendario islamico, reso sacro dall'Islàm per il fatto che è: "Il mese in cui fu rivelato il Corano come guida per gli uomini e prova chiara di retta direzione e salvezza" (Sura II, v. 185). Si tratta di un mese di purificazione, ricco di grazie, e durante il quale, in una delle sue ultime notti dispari, detta Lailatu l-Qadr (notte del destino), le porte del cielo sono più dischiuse. Il Corano durante il sacro mese del Ramadan stabilisce l'obbligo del digiuno: " O voi che credete! Vi è prescritto il digiuno, come fu prescritto a coloro che furono prima di voi, nella speranza che voi possiate divenire timorati di Dio." (sura II, v.183). Per legge sono esenti dal digiuno i minorenni non ancora puberi, i vecchi, i malati di mente, i malati cronici, i viaggiatori, le donne in stato di gravidanza o che allattano, le persone in età avanzata, nel caso che il digiuno possa comportare un rischio per loro. È proibito alle donne musulmane mestruale e in puerperio.

[68] Ciò si desume – come rammentano Romy Hamaui, Marco Mauri, *op. cit.*, p. 27 ss. – dal fatto che attraverso il pagamento della *zakat* "il fedele purifica sia la ricchezza posseduta che il proprio cuore dall'egoismo e dall'amore per la ricchezza".

[69] Antonino Gatto, *op. cit.,* p. 55, rileva che "(l)a *zakat* può essere distribuita sia direttamente che indirettamente. Vanno, quindi, ricordati gli interventi volontari di carità, attraverso organizzazioni benefiche *non-profit*, per fornire ai più bisognosi beni e servizi che il mercato o lo Stato, a causa dei loro fallimenti, non sono in grado di assicurare". L'A., inoltre, sottolinea che secondo il Corano "(l)a carità (*sadaqa*) verso quanti siano in condizioni di bisogno, musulmani e non, è da esercitare senza ostentazione e nota a "Dio e a nessun altro". In un passaggio che richiama il Sermone della Montagna, il Corano insegna: "Se lasciate vedere le vostre elargizioni è un bene; ma è ancora meglio per voi se segretamente date ai bisognosi. (2,271)".

[70] Romy Hamaui, Marco Mauri, *ibidem.*

schiavitù (*riqab*) e di Allah (*fisabillilah*), in cui ricade, ad esempio, anche la costruzione delle moschee, ed infine i cosiddetti amministratori della *zakat* (*amil*) cioè coloro a cui è attribuita la funzione di individuare i beneficiari, raccogliere, contabilizzare e gestire tutte le risorse della *zakat*. La *zakat* viene devoluta una volta nel corso di ogni anno islamico (che è lunare), e secondo la giurisprudenza classica essa viene versata nelle casse dello stato, che le ridistribuisce a coloro che ne sono i beneficiari.

Ma in assenza di un'autorità centrale che amministri questa somma di denaro comunitaria in modo conforme alla legge islamica, è d'uso anche la prassi di distribuirla personalmente, e a titolo privato, a chi è titolato a riceverla.

3. *La banca islamica: funzionamento e sue principali attività*

I musulmani si sono impegnati nella costruzione di un sistema finanziario compatibile con le prescrizioni della *Shariah*, nel quale si fa a meno del tasso di interesse, della speculazione e ove si prediligono transazioni di tipo reale e la condivisione del rischio.

Le banche islamiche, lontane comunque dall'essere enti non profit[71], propongono il coinvolgimento del cliente nelle loro attività economiche. Esse, in sostanza, si configurano come gestori di fondi e si pongono come responsabili dell'identificazione di progetti in cui investire il proprio capitale e quello dei clienti; prevedono un sistema di partecipazione continua con il cliente ai profitti e alle perdite secondo lo schema del *profit-loss sharing*, in cui il profitto è in funzione del rischio e gli utili non provengono dall'interesse come nel sistema occidentale[72]. La banca, quale soggetto finanziatore, gioca dunque un ruolo differente da quello svolto nella finanza convenzionale, in quanto partecipando al rischio di impresa del soggetto finanziato e

---

[71] Nicola Fiorita, *op. cit.,* p.120, rileva che gli istituti finanziari islamici alla stregua di quelli di tipo occidentale hanno identica la finalità e cioè il profitto. L'A., inoltre, osserva che sono "(i)n gran parte identiche anche le funzioni, in quanto le banche islamiche operano per lo più come banche universali che offrono, accanto alla intermediazione depositi – prestiti, l'intera gamma dei servizi finanziari: accettano depositi dai clienti ed operano come agenti dei clienti stessi, svolgono funzioni di credito e di investimento e così via. L'elemento più peculiare sembra quindi quello della partecipazione societaria nei profitti e nelle perdite, nel rischio dell'investimento operato dalla banca con i fondi raccolti presso il pubblico. Al tasso di interesse, nel sistema economico islamico, viene sostituito il tasso di profitto, che costituisce la misura reale della crescita del capitale attraverso il suo impiego ed investimento."

[72] S.A. Siddiqui, *Estabilishing the Need and Suggesting a Strategy to Develop "Profit and Loss Sharing Islamic Banking"* (PALSIB), in *Journal of Islamic Economics, Banking and Finance*, vol. 6, n. 4, p. 29 ss.

condividendone utili e perdite, va ben oltre alla tipica attività di concessione del credito[73].

La compatibilità dell'azione della banca islamica con i precetti del Corano è garantita dalla previsione nella struttura di ciascun istituto del consiglio di controllo della *Shariah*, organo che assicura la legittimità delle operazioni bancarie e la concorrenza economica nel settore del credito.

Ma, tecnicamente, come opera la banca islamica?

Dal lato della raccolta del risparmio, gli strumenti utilizzati dalle banche islamiche sono riconducibili essenzialmente a depositi non remunerati e depositi partecipativi (conti di deposito e conti di investimento).

I primi, che assolvono una funzione di custodia sicura del denaro e di ausilio nella gestione dei pagamenti, sono depositi a vista per i quali non è prevista alcuna remunerazione, né il pagamento di spese da parte dei depositanti[74]; la banca è tenuta a garantire il rimborso delle somme versate [75].

Le parti possono configurare il rapporto come conto corrente (*wadī'ah*) o come deposito a risparmio con libretto nominativo[76].

I depositi partecipativi sono, invece, depositi a termine con i quali la banca acquisisce la disponibilità dei fondi conferiti dai clienti con l'obbligo di restituzione alla scadenza[77]; i fondi sono remunerati attraverso la partecipazione in misura predeterminata agli utili e alle perdite dell'attività finanziata.

Nel caso in cui la banca utilizzi le somme depositate per finanziare indistintamente tutti i propri impieghi, i depositi partecipativi assumono la forma di conti di deposito o *unrestricted mudārabah*[78]; se invece la raccolta viene destinata al finanziamento di specifiche iniziative, si è in presenza di conti di investimento o *restricted mudārabah*, che vengono remunerati attra-

---

[73] Il fenomeno della condivisione dei rischi nell'ordinamento italiano si rinviene, sia pure con significative protezioni e differenze, nel *project financing*. Per maggiori ragguagli sulle tecniche ed operazioni di *project finance,* si v. Tommaso V. Russo, *Il Project financing*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio del Notariato*, diretto da Pietro Perlingieri, ESI, Napoli, 2007.

[74] Si possono prevedere, su base meramente volontaristica, piccole donazioni o facilitazioni nell'accesso al credito in favore dei depositanti.

[75] Una questione dubbia (e che rileva, ad esempio, in situazione di insolvenza della banca) è se il deposito delle somme da parte del cliente determini o meno il trasferimento della disponibilità del denaro alla banca. Nell'unico ordinamento occidentale utilizzabile come riferimento, ossia quello inglese, la banca diventa proprietaria di dette somme.

[76] Sul punto, si v. Romy Hamaui, Marco Mauri, "*La banca islamica: prospettive di crescita e questioni aperte*", in *Bancaria*, n. 6, 2008; Livio Pauletto, "*Lo sviluppo della pratica finanziaria islamica nel contesto delle istituzioni occidentali*", in *Banca, Impresa e società*, anno XXIV, n. 1, 2005.

[77] L'obbligo di restituzione alla scadenza riguarda la sola parte di deposito non intaccata da perdite.

[78] È bene precisare che alcune banche emettono certificati di *mudārabah* per i quali i sottoscrittori ricevono un rendimento annuale equivalente ad una quota dell'utile netto di gestione della banca.

verso una partecipazione agli utili e alle perdite del progetto o dello specifico investimento finanziato.

Sul fronte degli impieghi, si distinguono tecniche di finanziamento basate su attività *Profit & Loss Sharing* (PLS) e forme di finanziamento basate su attività *Non Profit & Loss Sharing* (NO – PLS).

Le attività *Profit & Loss Sharing* (PLS) sono quelle attività nelle quali v'è una divisione dei profitti e delle eventuali perdite. Esse contemplano quali figure contrattuali, il contratto *Mudharabah* ed il contratto *Musharakah.*

Il contratto *Mudharabah*, simile al contratto di accomandita, è una società di capitale e lavoro[79]. Nel *Mudharabah* sono coinvolte come parti il *Mudarib* e il *Rab al-Mal*:il primo apporta al progetto il lavoro e le competenze, il secondo il capitale.

La caratteristica principale di tale contratto è che entrambe le parti partecipano ai profitti, ma le perdite gravano solo su una di esse e cioè sul *Rab al-Mal*. Nell'ipotesi in cui il progetto si palesi non profittevole, il *Mudarib* avrà perso tempo, impegno e competenze senza alcuna perdita finanziaria la quale, invece, graverà solo sulla parte che ha investito il capitale.

Il contratto *Musharakah* è una società di persone a responsabilità illimitata nella quale i soci uniscono i vari capitali.

Nel contratto *Musharakah* [80] le parti partecipano sia ai profitti che alle perdite del progetto finanziato. A differenza del contratto *Mudharabah* ogni partner conferisce una porzione di capitale che può assumere diverse forme: denaro, immobili, terreni, beni immateriali come il marchio (*brand*), ed anche la reputazione acquisita nel tempo.

Le altre tecniche di finanziamento basate su le attività Non Profit & Loss Sharing (NO – PLS) sono utilizzate nella vendita di beni reali e nel trasferimento dell' usufrutto. In esse vi rientrano diverse tipologie contrattuali quali:

a) Il contratto *Murabahah*[81] che si configura come una doppia vendita con pagamento differito. Nel contratto *Murabahah* la banca acquista il bene che serve al cliente e lo rivende allo stesso, ad un prezzo pari a quello di acquisto maggiorato di un *mark-up* fissato in anticipo. Il cliente ha la immediata disponibilità del bene, contro un pagamento a termine che tiene conto

---

[79] La *Mudharabah* si presta ad essere impiegata anche per la creazione e gestione di fondi comuni e per la strutturazione di obbligazioni bancarie *shariah*-compliant

[80] Il contratto di *Musharakah* è utilizzato anche per operazioni di *venture capital*, nel qual caso la banca acquisisce quote dell'impresa finanziata.

[81] Il cliente assume la diretta responsabilità della negoziazione con il fornitore del bene. Al fine poi di scongiurare il rischio della banca che il cliente rifiuti di accettare il bene acquistato adducendo la presenza di difformità che lo rendano inidoneo, si usa attribuire al cliente la qualifica di agente della banca nella determinazione della conformità del bene a quello desiderato dal finanziato stesso.

del rischio di insolvenza, ma non del "costo del denaro" che, come più volte osservato, è vietato.

Secondo questo modello contrattuale, la Banca potrà effettuare un'operazione di finanziamento a beneficio dell'acquirente senza prestare una somma di denaro a interesse, ma procedendo ad una doppia vendita ove il trasferimento di proprietà del bene avverrà solo al pagamento del prezzo intero concordato o dell'ultima rata in caso di pagamento rateale[82].

b) Contratto *Ijarah*: si tratta di un contratto di *leasing* in forma islamica dove la proprietà del bene resta in capo al *lessor* (Banca)[83]e il pagamento di canoni ai fini del suo utilizzo in capo al cd. *lessee* (utilizzatore). Non è contemplato il riscatto finale[84].

c) Contratto *Salam*: è una vendita con pagamento anticipato dell'acquirente e consegna delle merci differita da parte del venditore. Si tratta di "una sorta di credito all'inverso. La banca paga in anticipo al produttore beni, di solito di tipo stagionale, che saranno consegnati ad una data successiva. In questo caso è la banca che effettua subito la sua prestazione mentre il cliente vi fa fronte alla scadenza. Di fatto, il venditore si propone di offrire un dato bene ad un acquirente ad una data futura contro un pagamento immediato"[85].

d) Contratto *Istisna'*: usato per il finanziamento di beni non ancora por-

---

[82] Sul contratto di Murabahah non si riscontrano tra i giuristi islamici opinioni univoche. Molti si chiedono quale sia la differenza tra il margine di profitto e l'interesse pagato in un prestito bancario; altri giuristi islamici sostengono che nel contratto non vi è un prestito di moneta, ma l'acquisto di un determinato bene nell'interesse del cliente della banca e che il finanziamento risultante è strettamente legato al bene reale. Il contratto di *Murabahah* sarebbe dunque una forma di finanziamento che si configura come contratto di vendita in cui il prezzo è aumentato a causa del pagamento differito e del servizio offerto dalla banca. Per alcuni orientamenti non è possibile accettare tale struttura contrattuale poiché non è presente alcun criterio di partecipazione ai profitti ed alle perdite. Per maggiori approfondimenti, si v. Romy Hamaui, Marco Mauri, *Economia e Finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta, op. cit.*, p. 83 e ss. Sottolinea la differenza tra *mark-up* e tasso d'interesse convenzionale, Antonino Gatto, *op. cit.*, p. 63, il quale osserva che "nel primo caso c'è alla base una vendita il cui prezzo subisce un sovrappiù per differimento; l'interesse, invece, rappresenta incremento di un debito differito. E, tuttavia, la vendita a credito è consentita come forma di finanziamento, in quanto, malgrado l'apparente similarità "Allah ha permesso il commercio e proibito l'usura" (Corano, II, 275).

[83] Antonino Gatto, *op. cit.*, p. 64 .

[84] Una variazione del modello prospettato è il contratto *Ijarah wa iqtinah* che aggiunge alla locazione la facoltà di acquisto del bene locato da parte del locatario. Si tratta, in genere, di operazioni di leasing finanziario a medio termine (fino a cinque anni). Operazioni di tale genere sono state prevalentemente poste in essere nel settore dell'aviazione: Kuwait Airways, Jordan Airlines e Emirates hanno fatto ricorso a questo tipo di finanziamento. Esistono, tuttavia, delle differenze con il leasing convenzionale soprattutto per gli aspetti relativi alle penali in caso di ritardato pagamento e al riscadenzamento. Sul tema, si v. Lachemi Siagh, *L'Islam e il mondo degli affari. Denaro, etica e gestione del businnes*, Etas, Milano, 2008.

[85] Così, Antonino Gatto, *ibidem.*

tati a termine e contemplati, ad esempio, in progetti edili.

È il contratto con cui la banca acquista un bene ancora in costruzione con pagamento in base allo stato di avanzamento dei lavori, e contemporaneamente lo rivende quale opera completa e finita ad un proprio cliente . Questo modello contrattuale, adatto al finanziamento di grandi opere, presenta delle similitudini con vendita *salam*. La differenza è che nel caso dell'*istisna* "non è d'obbligo fissare la data di consegna. Può essere la stessa banca a produrre il bene oppure può far ricorso a terzi finanziando la costruzione o produzione, ad opera di terzi, del bene domandato dal proprio cliente, al quale viene venduto al tempo stabilito." [86]

Oltre alle tecniche PLS e alle forme di finanziamento di natura non partecipativa, il diritto islamico prevede forme di prestito a titolo gratuito (ccdd. *qard hasan*)[87], destinate ad individui o società in difficoltà finanziaria, con finalità di mera beneficenza.

Completano infine il quadro, i contratti di *kifalah*, *amanah*, *wikalah* e *gu alah*, che consentono l'offerta di servizi finanziari personalizzati destinati a facilitare le attività economiche dei consumatori, delle imprese e del settore pubblico.

Attraverso questi contratti a pagamento, la banca islamica può svolgere alcune delle funzioni dell'intermediazione finanziaria che non sono assicurate dagli altri tipi di contratti, ma sono del tutto indispensabili (si pensi a titolo esemplificativo ai servizi di custodia, agenzia, consulenza, garanzia e assicurazione).

Come già cennato in premessa, tutte le attività summenzionate sono autorizzate all'interno di ciascuna banca islamica da un organo denominato *Shariah Board* composto dagli *Shariah Scholars,* autorevoli esperti in legge islamica. Lo *Shariah Board* oltre a sovrintendere l'intera attività bancaria è responsabile di certificarne la sua compatibilità ai principi della religione islamica[88]. Le banche islamiche si affidano dunque a un sistema di doppia *governance*: da un lato il consiglio di amministrazione, dall'altro il consiglio dei supervisori religiosi che esprimono i loro pareri mediante *fatwe*[89].

---

[86] Così ancora, Antonino Gatto*, ibidem.*

[87] Le banche islamiche utilizzano per finalità di beneficenza i fondi destinati alla *zakat* (elemosina rituale).

[88] L'attività dello *Shariah Board*, come efficacemente sottolineato da Maria D'Arienzo, *op. cit*., p. 6, "non si limita soltanto a rifiutare transazioni incompatibili con la sharī'a, ma aiuta i dirigenti bancari a strutturare le loro transazioni in conformità ai dettami religiosi, con un ruolo pertanto non solo di controllo, ma anche costruttivo."

[89] Cfr. Nicola Fiorita, *op. cit.,* p. 8 e ss. il quale metaforicamente discorre di *fatwa* come "qualcosa di simile ad uno stantuffo che inietta aria e vita in una macchina altrimenti immobile e atemporale…"

Quest'ultime possono cambiare in funzione del contesto territoriale o del pensiero della scuola giuridica di riferimento di ciascun organo. Vi sono Paesi nei quali il giudizio del Consiglio si ritiene vincolante e altre dove svolge un ruolo più esortativo e meno tecnico. La mancanza di omogeneità nell'emissione delle *fatwe* ha talvolta rappresentato un elemento in grado di condizionare la competitività di una banca poiché un medesimo prodotto poteva essere accettato dal *Board* di una banca ma non da quello di un'altra[90]. Un altro profilo problematico legato alla presenza dello *Shariah Board* è il rischio di conflitto d'interessi, poiché molti esperti fanno parte di più *Board* di società anche in competizione tra loro ponendo problemi di trasparenza[91].

4. *Il mercato dei capitali ed i principali prodotti* shariah - compliant

Come si è visto in precedenza, la legge islamica vieta ogni contratto che si basi sulla speculazione e sull'incertezza – esigendo la trasparenza e la completezza dei contratti – per preservare quei valori di fiducia e sincerità espressione della particolare relazione di fede che lega il credente ad Allah[92]. Il divieto del *riba* estrinseca così i suoi effetti non solo sull'attività bancaria di prestito, ma anche nel mercato dei capitali, proibendo l'utilizzo di strumenti di mercato quali titoli di stato o le obbligazioni societarie (*corporate bonds*), in quanto strumenti basati sul tasso di interesse.

La finanza islamica ha superato tale proibizione elaborando strumenti in un certo senso alternativi agli strumenti finanziari tradizionali che, nel rispetto della *shariah*, si basano sul principio della separazione e della compartecipazione al rischio operativo dell'operazione, e riproducono gli stessi

---

[90] Romy Hamaui, Marco Mauri, *op. cit.,* p. 109, osservano come tale problematica sia stata superata in Malaysia ove la creazione di un'autorità shariahtica centrale ha rappresentato un importante passo avanti nella ricerca della certezza del quadro normativo entro cui operare.

[91] Romy Hamaui, Marco Mauri, *op. cit.,* p. 108, rammentano che "non sono, inoltre, mancate le polemiche sugli onorari di molti di questi esperti che in alcuni casi hanno preso in ostaggio l'attività di un'istituzione finanziaria adottando comportamenti che sono lontani dai principi ispiratori della *shariah*". Per un approfondimento degli elementi problematici che tale sistema di *governance* ha fatto sinora emergere, si rinvia a Aa.Vv., *Islamic Finance in the UK*, FSA, 2007. Tra i più importanti figurano: a) i potenziali conflitti di interesse dovuta alla penuria di esperti di diritto islamico, portatori al contempo di competenze economico-finanziarie, che sono spesso designati a far parte di più di un consiglio sciaraitico; b) la possibilità che la competenza dello Sharī'ah Board vada oltre la mera funzione di consulenza fino ad incidere sull'operatività della banca. A tale ultimo proposito, l'autorità di vigilanza inglese richiede alle banche islamiche da essa vigilate che lo Sharī'ah Board abbia mera funzione di consulenza e che non debba influire sulla gestione della banca.

[92] Antonino Gatto, *op. cit.,* p. 56.

flussi di cassa di un *bond*, cioè il pagamento periodico di cedole e il rimborso del capitale a scadenza[93].

I giuristi sono tenuti, in primo luogo, ad operare uno *screening* settoriale e finanziario tra i vari indici azionari mondiali esistenti, per discriminare le situazioni ammissibili da quelle vietate[94].

Il giudizio di compatibilità da questi formulato, si basa su due criteri fondamentali: il primo richiede che l'impresa non svolga in via principale un'attività contraria alla *shariah*; sono considerate illecite le azioni di quelle imprese che hanno per oggetto la produzione di beni illeciti (giochi di azzardo, armi, bevande alcoliche, pornografia, carne di maiale, ecc.) o rapporti con banche e istituzioni finanziarie che praticano l'interesse e, più in generale, qualsiasi altra attività ritenuta moralmente riprovevole. Il secondo criterio si applica alle imprese che ricorrano all'indebitamento sui mercati finanziari convenzionali, e richiede che le stesse permangano entro dei coefficienti di *performance* calcolati sul capitale di rischio, in modo tale da escludere un eccessivo ricorso al prestito ad interesse nella ordinaria operatività. Si cerca di evitare, in altri termini, l'investimento in aziende troppo indebitate o che abbiano un eccesso di liquidità in bilancio non destinata al processo produttivo[95].

In questo ultimo caso – così come nella situazione in cui vi siano attività collaterali al *core business* dell'impresa non in perfettamente in linea con i precetti islamici – alcune giurisdizioni hanno stabilito che i profitti generati dal fondo d'investimento siano purificati attraverso la destinazione di una

---

[93] Sul punto, Hacene Benmansour, *Politique économique en Islam*, Al-Qalam, Paris, 1994, p. 231 ss.; Tarik Bengarai, *Comprendre la finance islamique. Principes, Pratiques et Ethique*, Les quatre source, Paris, 2010, p. 83 ss;

[94] In conformità al principio di maggioranza, nel caso in cui attività vietate (*haram*) siano inscindibilmente connesse ad attività lecite (*halal*), il giudizio di *compliance* con la *shariah* tiene conto di quale attività (lecita o vietata) sia prevalente. I frutti delle attività *haram* devono, tuttavia, essere sottoposti ad un'attività di "purificazione". Nel caso di azioni detenute da fondi comuni di investimento islamici la purificazione, che ha luogo attraverso la devoluzione in beneficenza degli introiti, può essere effettuata direttamente dal sottoscrittore del fondo o, più raramente, dal fondo stesso. Sul punto, Aa.Vv., *Islamic Capital Market Fact Finding Report*, IOSCO, 2004; Aa.Vv., *Analysis of The Application of IOSCO's Objectives And Principles of Securities Regulation For Islamic Securities Products*, IOSCO, settembre, 2008.

[95] Ad esempio, i *ratios* finanziari applicati dal Dow Jones Islamic Market Index (DJIMI), tutti espressi in rapporto alla capitalizzazione media degli ultimi 12 mesi, sono tre e riguardano : (i) il debito dell'impresa, (ii) le attività che generano interessi (comprese le disponibilità liquide), e (iii) i crediti verso clienti. Affinché l'azione sia inserita nell'indice, ognuno dei tre *ratios* deve essere inferiore al 33%. Questi criteri di *screening* adottati dal Dow Jones Islamic Market Index (DJIMI), recepiti successivamente dall'AAOIFI, sono diventati uno standard per l'industria finanziaria islamica. Fonti della Banca d'Italia, 2010, consultabili sul sito www.bancaditalia.it.

percentuale ad opere di carità[96]. La vendita di azioni sul mercato è libera, ma per evitare ogni forma di *gharar* devono esser garantite tutte le condizioni di trasparenza e di completa informazione ai potenziali acquirenti circa la effettiva situazione della società di cui sono espressione. In generale, i giuristi islamici ritengono ammesso l'utilizzo delle azioni ordinarie nelle imprese societarie. Tuttavia, essi sottolineano la differenza esistente tra una partnership di tipo islamico (*musharaka*), che esige un'adesione e una piena partecipazione all'iniziativa economica, e una moderna partnership di tipo occidentale, ove non si richiede alcun tipo di coinvolgimento. Il modello anglosassone della *pubblic company* si configura pertanto come modello opposto a quello della *partnership* islamica.

La *sharia* vieta l'utilizzo di azioni privilegiate e di ogni altro strumento partecipativo che limiti la partecipazione alle perdite o garantisca un rendimento certo. Il legame esistente tra i soci di una *partnership* islamica è rafforzato e tutelato dal diritto, previsto dalla shariah, di *shufaah* (pre-emptive right) che consiste nel diritto di preferenza dei soci non solo nel caso di aumento del capitale, ma anche nel caso in cui un socio decida per il recesso dalla società. Questa norma crea un potenziale ostacolo al corretto funzionamento del mercato azionario poiché incide, condizionandola, sulla libertà di negoziazione dei titoli azionari.

Con riferimento alle obbligazioni convenzionali va osservato che esse in quanto titoli fondati sull'interesse non sono consentite. Tuttavia, l'esistenza di un mercato obbligazionario, quale elemento fondamentale di un'economia e importante "canale di trasmissione" della politica monetaria, è sorretta dai ccdd *Sukuk*[97], sostituti islamici delle obbligazioni conformi alle regole coraniche.

I *Sukuk* sono titoli paragonabili a obbligazioni *asset-backed*, ovvero obbligazioni a fronte delle quali vi è un patrimonio costituito da attività reali.

Se l'obbligazionista tradizionale ha il diritto di ricevere il pagamento degli interessi a scadenze predeterminate, chi detiene i *sukuk* ha invece il diritto di partecipare sia ai profitti generati dalle attività sottostanti, sia ai ricavi derivanti dal realizzo di tali attività.

Nella pratica, i *Sukuk* sono titoli obbligazionari emessi da Stati, amministrazioni pubbliche o società islamiche attraverso lo schema della cartolariz-

---

[96] Si tratta della cosiddetta "purificazione" o "pulizia dei dividendi". Cfr. Giovanni Lippa *La realtà operativa delle banche islamiche tra tradizione ed innovazione,* consultabile su http://www.iuraorientalia.net/.

[97] Il termine *sukuk* è il plurale della parola araba *sakk* che significa certificato e ricorda la parola chèque, l'assegno, un termine già noto nella tradizione della giurisprudenza islamica.

zazione di beni (*securitization*)[98]: una società veicolo (*Special Purpose Vehicle*, SPV), dotato di propria soggettività giuridica e di norma domiciliato in un paese con un regime fiscale favorevole, riceve dall'emittente dell'obbligazione gli *assets* di cui "parcellizza" la proprietà attraverso l'emissione di certificati (*Sukuk notes*) che verranno poi sottoscritti dagli investitori. I fondi raccolti sono investiti in progetti compatibili con la *shariah* mediante un contratto islamico stipulato dalla società veicolo con l'emittente per il conto dell'investitore.

La titolarità pro-quota dei beni e, quindi, l'esposizione ai rischi connessi alla proprietà giustifica l'esistenza di un profitto sotto forma di rendita che dipenderà del rendimento del contratto sottostante.

A scadenza del titolo gli investitori ricevono il rimborso del capitale (ad un prezzo stabilito in precedenza), mentre la proprietà del bene viene trasferita di nuovo all'emittente.

In via generale, le numerose tipologie di *Sukuk* esistenti possono essere raggruppate in due grandi categorie, distinguibili a seconda della struttura contrattuale sottostante:

– i *Sukuk asset-based*, che hanno come *assets* sottostanti delle attività non partecipative che generano un rendimento predeterminato (il *mark-up*) e sono molto simili alle obbligazioni convenzionali di tipo *asset-backed* (*Asset-Backed Securities*, ABS);

– i *Sukuk equity-based*, che hanno invece come *assets* sottostanti delle attività partecipative (*ṣukūk al-mushāraka* e *ṣukūk al-muḍāraba*), il cui rendimento non è predeterminato ma è basato su una logica di condivisione dei profitti e delle perdite.

Sotto il profilo tecnico, è bene sottolineare, ancora una volta, che una emissione di certificati di investimento islamici è molto prossima a una operazione di cartolarizzazione[99] convenzionale: identificato, infatti, un certo

---

[98] Il mercato dei *sukuk bond*, da quando è nato nel 2002 è cresciuto molto velocemente, inizialmente basato sulle emissioni *sovereign* (Malesia, Qatar, Pakistan, Bahrein) che hanno fatto da apri pista per le emissioni *corporate* (Kuwait, Arabia Saudita ed Emirati Arabi Uniti) spesso a finanziamento di grandi progetti infrastrutturali. In Europa ci sono state finora tre emissioni di *sukuk*, di cui due *corporate* in Gran Bretagna e una *sovereign* in Germania. L'emissione tedesca, per un valore di 100 milioni di euro, è stata effettuata dal land della Sassonia-Anhalt nel giugno del 2004. L'obiettivo dichiarato del land non è stato tanto quello di attirare l'investimento della comunità islamica (soprattutto turchi e pachistani) residenti nella regione, ma quanto quello di attrarre verso una delle zone più povere della Germania riunificata capitali provenienti dal Golfo Persico, un utilizzo, dunque, della finanza islamica in termini di marketing territoriale.

[99] La cartolarizzazione è un'operazione finanziaria consistente nella cessione di crediti o di altre attività non negoziabili, ma suscettibili di generare flussi di cassa pluriennali, e nella loro contestuale conversione in titoli negoziabili sui mercati regolamentati. Nella sua concezione più moderna, la cartolarizzazione deriva dall'analogo istituto della *securitization*, già diffuso nel mondo anglosassone

asset libero da ipoteche, si crea una apposita struttura munita di propria autonomia giuridica (*Special purpose vehicle*, Spv). Ad essa, il proprietario che necessita di un finanziamento (Sponsor) vi conferisce per un prezzo predeterminato d'acquisto *l'asset* da cartolarizzare, di norma un bene tangibile, come ad esempio un aeroporto, un'autostrada.

L'Spv emette, quindi, dei certificati (*sukuk notes*) di importo pari al prezzo concordato di acquisto dell'*asset*, utilizzando i fondi dei sottoscrittori per pagare il proprietario originario, col quale stipula un contratto islamico, in una delle tipologie note anche per il finanziamento bancario[100].

Tra le recenti innovazioni in tema di prodotti finanziari vanno annoverati i "fondi d'acquisto di beni" (*Commodity Fund*) e i fondi misti.

Negli ultimi anni, peraltro, sono state sperimentate delle obbligazioni convertibili in azioni emesse dal porto di Dubai, a testimonianza dello sforzo di rinnovamento "compatibile" della finanza islamica.

Considerati i ritmi di crescita, lo scenario al momento più probabile, almeno nel breve periodo, è quello che prevede un ulteriore rafforzamento del mercato obbligazionario, che potrebbe configurarsi a tutti gli effetti come una vera e propria alternativa a quello convenzionale.

---

per la negoziazione dei mutui edilizi e dei finanziamenti assegnati ai titolari di carte di credito. Il soggetto cessionario dei crediti oggetto di cartolarizzazione, che assume anche la funzione di intermediatore finanziario, può emettere a fronte dei crediti a esso ceduti quote di partecipazione a fondi d'investimento, ovvero può emettere e negoziare sui mercati finanziari titoli corrispondenti ai crediti ceduti. Il soggetto cessionario-intermediatore può quindi essere sia un fondo d'investimento abilitato a tale tipo d'operazioni finanziarie, sia una società specificatamente costituita per la gestione di crediti cartolarizzati. La letteratura sull'argomento è vasta. Si v., tra molti, Edoardo Andreoli, *Lo smobilizzo di un portafoglio di crediti presenti e futuri, quale mezzo di autofinanziamento delle imprese italiane sul mercato dei capitali (prime note in merito all'operazione di* securitisation*)*, in *Riv. di diritto privato*, 1993, n. 1, pp. 47 ss; Mario Anolli, *La securitization: considerazioni per lo sviluppo di un mercato secondario di asset backed securities (*ABS*)*, *Banca notizie*, 2000, n. 1, pp.1 ss.; per una schematica trattazione delle implicazioni di carattere fiscale.; Michele Carpinelli e Edoardo Andreoli, *Legal aspects of securitisation transactions in Italy*, in *Asset Securitisation*, 1991, pp. 441 ss.; Stefano Dell'Atti, *La cartolarizzazione dei crediti: problematiche attuali alla luce dei nuovi orientamenti,* ESI, Napoli, 2005; Giovanni Ferri, *La cartolarizzazione dei crediti. Vantaggi per le banche e accesso ai mercati finanziari per le imprese italiane*, in *Studi e note di economia*, 1998, n. 3, pp. 87 ss.

[100] Michel Ruimy, *La finance islamique*, Franel, Bourcheville (Qc), Canada, 2008 pp. 122 e ss.

Istituzioni ecclesiastiche e cultura giuridica nella Sicilia di Antico Regime. Brevi note[1]

Orazio Condorelli

1. *La Legazia Apostolica nel quadro delle istituzioni ecclesiastiche siciliane*

Nel secolo XVI le istituzioni ecclesiastiche del *Regnum Siciliae* ruotavano attorno al privilegio della Legazia Apostolica o Regia Monarchia. La polizia ecclesiastica del Regno si caratterizzava, inoltre, per il diritto di regia placitazione (*placet* o *exequatur*) e per la nomina regia dei vescovi, dovuta al fatto che le sedi episcopali siciliane erano di regio patronato, poiché erano state rifondate e dotate dai Normanni, che nel secolo XI avevano riconquistato l'Isola dopo tre secoli di dominio arabo.

La Legazia Apostolica era il privilegio in base al quale il Re di Sicilia si considerava legato nato del Papa, avendo così titolo per esercitare una serie di poteri giurisdizionali *circa sacra*. Era detto anche Regia Monarchia, a significare che in Sicilia non operava la consueta diarchia tra Re e Sommo Pontefice nella distinzione della giurisdizione civile ed ecclesiastica, perché anche i poteri ecclesiastici erano concentrati nelle mani del Re quale legato del Papa.

Negli anni Ottanta del secolo XVI l'istituto della Legazia aveva assunto il suo assetto sostanzialmente definitivo. Nel suo nucleo essenziale, esso comportava che le cause ecclesiastiche non potevano essere tratte fuori dal Regno: in luogo del Papa, la giurisdizione ecclesiastica era esercitata dal Re attraverso il Tribunale della Regia Monarchia. Esso era la magistratura suprema di appello nelle cause celebrate presso i tribunali vescovili o arcivescovili. Il Tribunale aveva anche il diritto di avocare, *omisso medio*, le cause ecclesiastiche pendenti in grado inferiore, e il potere di cassare, su istanza degli interessati,

---

[1] Queste pagine sono dedicate a Mario Tedeschi nell'occasione del suo settantesimo compleanno. Relazione presentata alla *Tagung* della *Althusius Gesellschaft* svoltasi a Rotterdam, 15-18 maggio 2013, sul tema *Confessional Paradigms for European Politics and Jurisprudence in the 17th Century?* Una versione ridotta in lingua inglese sarà pubblicata negli Atti dell'Incontro. Ricerca condotta nel quadro del progetto «Dinamiche delle relazioni tra pluralismo, religione e diritto. Percorsi storici e problemi attuali nel processo di integrazione europea», finanziato con fondi Fir 2014 dell'Università degli Studi di Catania.

qualsiasi provvedimento dell'autorità ecclesiastica, anche extragiudiziale, nel quale una parte avesse lamentato la violazione dei suoi diritti.

Il privilegio della Legazia risaliva a una concessione elargita da Urbano II al Conte Ruggero il Normanno, probabilmente 1098. Su questa concessione, nel corso dei secoli, i Re di Sicilia avevano fondato una serie di potestà in materia ecclesiastica decisamente esorbitanti rispetto ai limitati contenuti della bolla di Urbano II. Il consolidamento di tali poteri è evidente già in età aragonese. Come aveva affermato nel 1433 il canonista Nicolò Tedeschi, la potestà del Re di Sicilia di giudicare le cause ecclesiastiche «loco Romane curie» derivava «ex privilegiis Summorum Pontificum et ex antiquissima consuetudine»[2].

Della bolla urbaniana, tuttavia, si era persa la memoria, fino a quando, nel 1508, essa fu ritrovata e pubblicata da Giovan Luca Barberi nel *Capibrevium de Regia Monarchia*, commissionato da Ferdinando II di Castiglia. La riscoperta del documento diede vigore alla politica dei ministri regi, ma dall'altro lato alimentò l'azione della Santa Sede diretta a contrastare le tanto ampie e profonde prerogative del Re di Sicilia *circa sacra*. La reazione romana percorse due vie. In primo luogo fu negata l'autenticità della bolla di Urbano II. In secondo luogo, e subordinatamente, si contestò che le limitate concessioni contenute nel provvedimento potessero comunque giustificare l'amplissimo fascio di competenze giurisdizionali che i Re di Sicilia esercitavano, fondandole sul privilegio papale. Questa fu, appunto, la tesi sostenuta da Cesare Baronio nella dissertazione sulla «male instituta» Legazia sicula inserita nel tomo XI degli *Annales Ecclesiastici*, pubblicato nel 1605[3].

2. *Conflitti giurisdizionali e consolidamento della Regia Monarchia nel secolo XVI. Il «Tractatus de Regia Monarchia» di Antonio Scibecca nel contesto di un dibattito europeo*

I conflitti giurisdizionali, apertisi nel secolo XVI tra la monarchia spagnola (nei cui domini rientrava il *Regnum Siciliae*) e la Santa Sede, caratterizzano

[2] Sentenza di Nicolò Tedeschi quale *iudex deputatus* da Alfonso il Magnanimo: può leggersi parzialmente nel *Discorso istorico-apologetico della Monarchia di Sicilia* composto da Giambattista Caruso d'ordine di Vittorio Amedeo per la prima volta pubblicato ed annotato per Giovanni Maria Mira, Palermo, Stamperia di G.B. Gaudiano, 1863, pp. 61 s. L'edizione integrale è data da Andrea Romano, *Tribunali, giudici e sentenze nel «Regnum Siciliae» (1130-1516)*, in *Judicial Records, Law Reports, and the Growth of Case Law*, ed. John H. Baker, Berlin, Dunckler und Humblot, 1989, pp. 211-301 (289 s.).

[3] *Annales ecclesiastici*, XI, Romae, Ex Typographia Vaticana, 1605, pp. 677-710, nn. 18-44.

gli ultimi quattro secoli di storia della Legazia Apostolica. Si può dire che tra i secoli XVI e XIX le vicende della Legazia Apostolica mostrano un conflitto permanente tra i Re di Sicilia e la Santa Sede, che si esaurì solo quando il Regno d'Italia rinunciò al privilegio della Legazia con la legge 214 del 1871 (nota come Legge delle Guarentigie Pontificie). Tale conflitto diede origine a un'ampia elaborazione dottrinale che si pone, in gran parte, sul piano della letteratura polemica o apologetica di stampo curialista o regalista. In questo panorama non mancano opere di carattere propriamente scientifico, dirette a trattare le problematiche di carattere giuridico e teologico ruotanti attorno all'istituto della Legazia.

Dopo il dibattito sulla Legazia svoltosi nel Concilio di Trento, le intense trattative diplomatiche intercorse tra Spagna e Santa Sede tra il 1578 e il 1581 si risolsero in un nulla di fatto. Proprio in questa fase storica la Legazia Apostolica consolidò le sue strutture. Nel 1579 il Tribunale della Regia Monarchia divenne una magistratura stabile, alla quale era preposto una persona ecclesiastica di rango episcopale. Fra il 1580 e il 1582 il viceré Marco Antonio Colonna promulgò una serie di *Ordinazioni* che definivano le linee essenziali delle competenze del Tribunale della Regia Monarchia e della procedura da seguire nei giudizi di fronte ad esso[4]. A questa stabilizzazione delle competenze e delle procedure si collega il *Tractatus de Regia Monarchia* di Antonio Scibecca, giurista siciliano che ricoprì diverse funzioni nelle più alte magistraure del Regno. L'opera (composta tra il 1578 e il 1583) è la prima trattazione che analizza, sotto il profilo giuridico, i fondamenti e le prerogative della Regia Monarchia[5]. Secondo l'argomento tipico dei sostenitori della legittimità dell'istituto, la Legazia si basava sul duplice fondamento del privilegio papale e della consuetudine immemorabile. Il privilegio di Urbano, inoltre, era remuneratorio, perché era stato concesso in compenso dei meriti acquisiti dai Normanni nella liberazione dell'Isola dalla dominazione musulmana. Per tale ragione il privilegio aveva acquisito forza di contratto, e non poteva essere revocato senza il consenso del beneficiario. La potestà regia, derivante dalla delega papale, poteva essere delegata dal Re al suo vicario (il Viceré), e da questi ai magistrati del regno. Ferme restando le peculiarità della situazione siciliana, nel trattato di Scibecca i diversi poteri connessi alla

---

[4] Possono leggersi in Caruso, *Discorso istorico-apologetico*, cit., pp. 313-316.

[5] L'opera, conservata manoscritta, è stata trasmessa anche con altri titoli, fra i quali *De preheminentiis ecclesiasticis Catholici regis Philippi in Regno Siciliae*. Il trattato è stato recentemente studiato da Maria Teresa Napoli, *La Regia Monarchia di Sicilia. «Ponere falcem in messem alienam»* (Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Roma «La Sapienza», 57), Napoli, Jovene, 2012, pp. 340-393, opera sulla quale mi sono basato per quanto brevemente scrivo in queste pagine.

Legazia Apostolica sono sostenuti dal copioso ricorso alla dottrina giuridica francese e ispanica: in particolare a quegli autori che avevano elaborato e giustificato le prassi regalistiche invalse nei Regni di Francia e di Spagna (Jean Ferrault, Étienne Aufreri, Charles de Grassaille, Arnoul Ruzé, Martín de Azpilcueta, Diego de Covarrubias fra i tanti). Attraverso questi autori fa ingresso nel discorso di Scibecca anche il tema di quelle prerogative che il re avrebbe potuto esercitare «citra rationem legationis ex regio munere»[6], cioè per un potere originario connesso con la funzione regale. È il caso, ad esempio, della giurisdizione regia diretta a reprimere e cassare gli abusi commessi dalle autorità ecclesiastiche attraverso censure o provvedimenti extragiudiziali violenti o ingiusti. Su questo tema aveva scritto delle pagine esemplari Diego de Covarrubias nel cap. 35 delle *Practicae Quaestiones*, là dove tratta «delle cause e degli affari ecclesiastici che sono soliti essere frequentemente esaminati dai tribunali di questo Regno di Castiglia»[7]. In generale, Covarrubias afferma che tale competenza dei tribunali regi ha il fine di garantire l'utilità e la quiete della *Respublica*[8]. Questo argomento è poi applicato al caso degli interventi regi nelle cause in cui una persona lamenti di essere stata ingiustamente oppressa da un provvedimento ingiusto o violento dell'autorità ecclesiastica. La protezione regia, in tale ipotesi, costituisce un efficace rimedio contro gli abusi della giurisdizione ecclesiastica che potrebbero trovare occasione nella lontananza della Spagna dalla Curia Romana[9]. Questa opinione, inoltre, gode del suffragio dell'autorità canonica: Covarrubias menziona tre canoni grazianei – frequentemente invocati

---

6 Antonio Scibecca, *Tractatus de Regia Monarchia*, citato da Napoli, *La Regia Monarchia*, cit., p. 375 nota 131.

7 Diego de Covarrubias, *Practicarum Quaestionum liber unus*, *caput* XXXV, *De rebus et negotiis ecclesiasticis, que solent apud huius Castellani Regni pretoria frequenter examinari* (Didaci Covarruvias a Leyva Toletani, Episcopi Segobiensis, Philippi II Hispaniarum Regis Summo Praefecti Praetorio, ac Iuris Interpretis acutissimi *Operum, Tomus Secundus*, Lugduni, Sumptibus Horatii Boissat et Georgii Remeus, 1661, pp. 501b-505a).

8 Covarrubias, *Practicarum Quaestionum liber unus*, *caput* XXXV (ed. cit., p. 502a): «Plerumque fit, ut pro maxima Reipublice utilitate, et quiete, cause quedam ecclesiastice ad Castellani Regni suprema auditoria deferantur multis sane de causis, que solent in disputationem adduci, ne ulla ex parte distinctis iurisdictionibus, et tribunalibus, lesio fiat».

9 Covarrubias, *Practicarum Quaestionum liber unus*, *caput* XXXV (ed. cit., p. 503a-b): «Ceterum in hac Regia et Castellana Republica illud observatissimum est, et diu obtinuit a tempore, quod memoria hominum excedit, posse ab his, qui a iudicibus ecclesiasticis vi et censuris opprimuntur, regios auditores et consiliarios, qui apud regia suprema pretoria iura litigantibus reddunt, omnino adiri, ut vim auferant, et compellant iudices ecclesiasticos ab ea inferenda cessare… Hic autem forensis usus et praxis, qua Regii Consiliarii utuntur, multis rationibus iustificari potest, et primo propter maximam eius utilitatem, que reipublice accedit: cum alioqui nisi remedium hoc, et auxilium adversus iudices ecclesiasticos adhiberetur, gravissime opprimerentur innocentes a iudicibus ecclesiasticis, qui procul a Romana curia passim iurisdictione et potestate ecclesiastica abuterentur».

dai giuristi che trattavano questo tema – nei quali si faceva carico ai Re della tutela della disciplina ecclesiastica e della protezione degli oppressi[10]. A suggello del discorso Covarrubias conclude che la giustizia di tale prassi può infine dedursi dal fatto che essa è seguita da quasi tutti i principi secolari del mondo cristiano (in particolar modo nei Regni di Francia e di Castiglia), che esercitano tali poteri sia per l'utilità della *Respublica* che a garanzia del retto ed equilibrato esercizio della giurisdizione spirituale e temporale[11].

3. *Il «Tractatus de nonnullis Regiae Monarchiae ultra Pharum preheminentiis» di Baldassarre Abruzzo e i problemi emergenti dalla bolla «In coena Domini». Cenni su un dibattito europeo*

Se questi argomenti, diretti a ricondurre alcune potestà dei sovrani *circa sacra* nell'alveo della regalità di diritto divino, fanno apparizione nella dottrina giuridica siciliana, questa rimarrà saldamente legata alla orgogliosa difesa del privilegio papale quale fonte primaria dei poteri ecclesiastici del Re di Sicilia. Alcuni decenni dopo Scibecca, il privilegio papale, irrevocabi-

[10] Graziano, *Decretum*, C.16 q.7 c.31 (Concilio di Toledo IX, anno 655, c.1): «Filiis, vel nepotibus, ac honestioribus propinquis eius, qui construxit vel ditavit ecclesiam, licitum sit hanc habere sollertiam, ut, si sacerdotem aliquid ex collatis rebus defraudare previderint, aut honesta conventione conpescant, aut episcopo uel iudici corrigenda denuncient. Quod si talia episcopus agere temptet, metropolitano eius hec insinuare procurent. Si autem metropolitanus talia gerat, regis hec auribus intimare non differant»; C.23 q.5 c.20: «Item Ysidorus. [lib. III. Sent. de summo bono, c. 53.]: Principes seculi nonnumquam intra ecclesiam potestatis adeptae culmina tenent, ut per eandem potestatem disciplinam ecclesiasticam muniant. Ceterum intra ecclesiam potestates necessariae non essent, nisi ut quod non prevalent sacerdotes efficere per doctrinae sermonem potestas hoc inperet per disciplinae terrorem…»; C.23 q.5 c.23: «Item Ieronimus super Hieremiam. [ad c. 22.3]: Regum est proprium, facere iudicium atque iusticiam, et liberare de manu calumpniantium vi obpressos…» (le citazioni sono tratte dall'edizione di Aemilius Friedberg, *Corpus Iuris Canonici*, I, Leipzig, Tauchniz, 1879).

[11] Covarrubias, *Practicarum Quaestionum liber unus*, *caput* XXXV (ed. cit., pp. 503b-504a): «Quinto, iustitia huius praxis ex eo deduci videtur, quod cum omnes fere Christiani orbis principes seculares hac utantur, et tot annis fuerint usi potestate, consilio prudentissimorum virorum qui iustitie zelo et christiana pietate id ipsis persuaserint, credendum omnino est hoc in maximam fieri Reipublice utilitatem, commodum et ad rectum utriusque spiritualis et temporalis, iurisdictionis usum et compendium. Quod si quis contendat a principibus secularibus hanc tollere potestatem, statim, non quidem sero comperiet experimento manifestissimo, quantum calamitatis Reipublice invexerit. Hic vero forensis usus non tantum in his Castellanis Regis Hispaniarum ditionibus et principatibus, sed et apud Gallos, aliosque Christiane Reipublice seculares principes est equidem receptissimus, ut commemorant omnium, quos ego legerim, diligentissime Martinus Azpilcueta in c. Cum contingat de rescriptis remedio 1 pag. 146, Carolus de Grassalia lib. 2 Regalium Francie, iure 7; Stephanus Aufrerius in Clem. de officio ordin. reg. 2 fallentia 30». In questo contesto Covarrubias approva anche l'uso dell'*exequatur* regio, come esso era praticato, oltre che in Spagna, anche nel Regno di Francia e in Fiandra.

le perché ha acquisito forza di contratto, e la consuetudine immemorabile continuano a essere i fondamentali argomenti posti a sostegno della Legazia Apostolica nel *Tractatus de nonnullis Regiae Monarchiae ultra Pharum preheminentiis* di Baldassarre Abruzzo (1644): la condizione di *legatus a latere* del Sommo Pontefice è considerata la pietra angolare («lapis angularis») di tutta la sua trattazione, perché la concessione papale rimane il fondamento precipuo sul quale si reggono le prerogative regie in materia ecclesiastica[12]. Fra i problemi trattati nell'opera, che richiedevano valutazioni sia giuridiche che morali dei fatti in questione, vi era quello se la bolla *In coena Domini* derogasse alle prerogative del Tribunale della Regia Monarchia. Come è noto tale bolla, che i Pontefici solevano pubblicare ogni anno il giovedì Santo, conteneva una serie di provvedimenti contro i violatori delle immunità ecclesiastiche, i quali erano puniti con la scomunica la cui assoluzione era riservata alla Sede Apostolica. Nel testo della bolla pubblicato da Pio V a partire dal 1568 vi erano diversi punti che toccavano direttamente, sia pure in termini astratti, le prerogative della Regia Monarchia[13]. Era vietato al clero il ricorso alla giustizia civile sul pretesto del gravame inflitto da un atto della potestà ecclesiastica; si proibiva ai magistrati regi di ostacolare l'esecuzione di provvedimenti papali e, più, in generale, di impedire o ostacolare la giurisdizione ecclesiastica; era condannata la promulgazione di leggi che in qualunque modo violassero la libertà della Chiesa. L'incidenza di siffatte prescrizioni sull'istituto della Legazia Apostolica era profonda, perché, alla base, esse si rivolgevano alla coscienza di ciascun fedele e toccavano la delicatissima questione della duplice obbedienza, a Dio (e al suo vicario in terra) e a Cesare. Per le premesse sopra accennate, Baldassarre Abruzzo ritiene che i provvedimenti della bolla non intendessero derogare al privilegio della Regia Monarchia. A questa conclusione il giurista aggiunge che, nella peculiare situazione del Regno di Sicilia, la bolla non obbliga in coscienza. La ragione di questa conclusione si fonda su una intepretazione di un famoso *dictum* di Graziano: «Le leggi sono istituite quando sono promulgate, sono

---

[12] L'opera è rimasta inedita fino alla recentissima edizione di Maria Teresa Napoli, *Censura e giurisdizione. Il «Tractatus de nonnullis Regiae Monarchiae ultra Pharum preheminentiis» di Baldassarre Abruzzo (1601-1665)* (Storia del diritto e delle istituzioni, Fonti 2), Roma, Aracne, 2012. Sul punto trattato nel testo v. il *Singulare primum, an Tribunal regie Monarchie Sicilie regni sit legatus natus Pape cum potestate de latere*, pp. 89 e 95: «… si concessio legatie a Papa Rogerio Comiti facta eiusque successoribus seu heredibus pro tot servitiis Catholice Ecclesie prestitis vera esse<t> sequeretur quod transisset in vim contractus fuissetque irrevocabilis etiam de plenitudine potestatis, Summus enim Presul tenetur servare ius nature et consequenter conventiones…».

[13] Ho potuto consultare la bolla pubblicata nel 1572, che ripropone le clausole presenti nel 1568: *Bulla S.D.N.D. Pii divina Providentia Papae V lecta in die coenae Domini anno M.D.LXX.II*, Romae, Apud haeredes Antonii Bladii Impressores Camerales.

confermate quando sono approvate dai comportamenti degli utenti»[14]. La bolla non obbliga in coscienza perché, appunto, non è stata recepita nel Regno e perché, secondo un argomento ricorrente in dottrina, la legge papale è promulgata con la tacita condizione che possa obbligare solo in quanto sia stata recepita dal popolo[15]. A suffragio di questa conclusione Abruzzo allega l'autorità di alcuni moralisti, fra i quali Juan de Valero. Il Certosino spagnolo aveva sostenuto questa tesi trattando la questione se in una causa avente materia ecclesiastica fosse legittimo il ricorso alla giurisdizione secolare contro gli atti ingiusti o violenti. Valero aveva dato una risposta affermativa non solo sulla scia di quella che egli riteneva essere la dottrina comune, ma anche sulla base di una pratica comunemente osservata «sine ullo scrupulo» nei Regni di Spagna, Portogallo, Francia e Napoli[16].

---

[14] Graziano, *Decretum*, *dictum post* D.4 c.3: «Leges instituuntur, cum promulgantur, firmantur, cum moribus utentium approbantur. Sicut enim moribus utentium in contrarium nonnullae leges hodie abrogatae sunt, ita moribus utentium ipsae leges confirmantur».

[15] Abruzzo, *Tractatus de nonnullis Regiae Monarchiae ultra Pharum preheminentiis*, *Singulare sedecimum, An ius Tribunalis R.M. derogetur a bulla Cene Domini* (ed. cit., p. 282): «Quinto probatur quia dato non concesso quod Bulla Cene Domini abrogaret iuribus R.M., ex quo non est usu recepta in hoc Sicilie regno non obligaret in conscientia, Putean. in 2 parte Div. Tom. quest. 11 art. 4 dub. 2, Filiuc. tom. 1 tract. 11 cap. 5 n. 11, Ioan. Valer. in different. utriusque fori verb. peccatum differen. 30 n. 20, Beian. p. 2 tract. 3 cap. 6 quest. 8 n. 4, lex enim pontificia habet tacitam conditionem ut obliget si a populo acceptetur. Prelati enim receperunt potestatem a Christo Domino ad edificationem non ad destructionem, D. Paul. 2 ad Corinth. cap. 13, nec minus obstat quod Bulla Cene quot annis a Summo Presule publicetur, nam quot annis non acceptatur».

[16] *Differentiae inter utrumque forum iudiciale videlicet, et conscientiae*… auctore Ioanne Valero Valentino Segobrigen. Decretorum D. Priore domus Carthusiae Maioricen. Iesu Nazareni, Venetiis, apud Paulum Balleonium, 1645, v. *Peccatum*, *differentia trigesima*, pp. 326b-328a: «Clericus spoliatus de facto sua possessione beneficii, vel timens ab ea sine cause cognitione spoliari, vel appellans legitime ab excommunicatione comminata, si nihilominus excommunicetur et denuncietur, potest in foro exteriori adire iudicem secularem supremum, ut eum defendat, et vim repellat. Ita quotidie practicatur in Regnis Hispaniae, Lusitanie, Gallie, Neapolis et aliis…» (pp. 326b-327a). Valero cita quindi un copioso numero di *auctoritates* favorevoli a questa opinione. Secondo altri, come per esempio Azorius, ciò non sarebbe lecito «in foro conscientiae»; ma «contrarium tenent communiter Doctores, et observat communis practica in prefatis regnis sine ullo scrupulo» (p. 327a). L'intepretazione della bolla *In coena Domini* deve dunque tener conto di una implicita condizione: «Merito doctores tenentes hanc partem limitant bullam Cene Domini, dicto cap. 14 alias 15, ex tacita mente Summi Pontificis, nempe non loqui de casu predicto violentie et defensione extraordinaria…» (p. 327b). Se anche si volesse negare questa intepretazione, la bolla non obbligherebbe in coscienza nella misura in cui non sia stata recepita nei determinari regni dove si osserva una pratica contraria: «respondeo… hoc esse probabile, nimirum excusari a pena dicto c. 15 illum qui adit tribunal Regis occasione dicte violentie et oppressionis si ad idem tribunal accedunt alii in similibus causis, licet erronee. Quia in nulla culpa est faciens quod communiter alii faciunt, licet sit erroneum. Ipsi autem iudices videant si secura conscientia id facere possint. Preterea etiam excusantur partes litigantes, si de consilio advocatorum suorum id faciant. Denique cum predicta communis practica sit a tempore immemoriali usu recepta, et habeat graves doctores pro se, hoc sufficit ad excusandum quem a culpa, maxime quia numquam fuit receptum prefatum cap. 15 quoad casum violentie et oppressionis per viam defensionis extraordinarie…» (p. 327b).

4. *La Regia Monarchia nel quadro delle immunità ecclesiastiche. Temi temi teologico-giuridici nelle «Resolutiones morales» di Antonino Diana. La reazione di un giurista: Mario Cutelli*

Nella citata sezione del trattato Baldassarre Abruzzo aveva esordito – con tono che rasentava lo scherno – ricordando che la questione del rapporto tra bolla *In coena Domini* e Tribunale della Regia Monarchia era stata affrontata, «con timore e tremore», dal padre Antonino Diana, il quale, secondo il suo costume, si era limitato a recitare le opinioni altrui[17]. Fa qui la sua apparizione il celebre teologo palermitano, autore delle *Resolutiones morales*, opera la cui amplissima diffusione europea fu proporzionale alla fama e all'autorevolezza rapidamente acquisite dall'autore. Attorno a Diana coagulavano le forze del partito favorevole alla posizione romana e critico nei confronti di una politica governativa gelosamente attaccata alla difesa di prerogative giurisdizionali *circa sacra* ripetutamente condannate dalla Santa Sede.

La lettura della risoluzione citata da Abruzzo si rivela, in effetti, deludente per chi pensi trovarvi un'aperta presa di posizione di Diana nei confronti del privilegio della Regia Monarchia[18]. Nondimeno, vi sono parecchi luoghi delle *Resolutiones morales* nei quali sono trattate questioni riguardanti i rapporti tra giurisdizione ecclesiastica e giurisdizione secolare, nei quali il riferimento alle peculiarità della Legazia Apostolica traspare sotto la veste di questioni astrattamente poste.

Trattando delle immunità ecclesiastiche, in particolare del problema se i chierici siano esenti dalla giurisdizione secolare, Diana si chiede se tale immunità possa essere revocata in forza di una consuetudine imme-

---

[17] Abruzzo, *Tractatus de nonnullis Regiae Monarchiae ultra Pharum preheminentiis*, *Singulare sedecimum, An ius Tribunalis R.M. derogetur a bulla Cene Domini* (ed. cit., p. 278): «Presentem dubitationem discutiendam proposuit Pater Antoninus Diana p. 2 tract. 1 resol. 74 et cum timore et tremore nihil determinat sed solum adducit contra Tribunal… in favorem vero Tribunalis R.M. … Protestatur ulterius nihil de suo in hoc dicere tanquam si in rei veritate plura in aliis resolutionis de suo dixisset…».

[18] Ho utilizzato la seguente edizione: R.P.D. Antonini Diana Panormitani clerici regularis et Sancti Officii Regni Siciliae consultoris, *Resolutiones morales* in tres partes distributae, in quibus selectiores casus conscientiae breviter, dilucide, et ut plurimum benigne cum variis Tractatibus explicantur, editio tertia…, Montibus, Typis Francisci Waudraei Typographi jurati, sub Bibliis, 1636. Sul tema in oggetto v. *Pars* III, *Tractatus* I, *de immunitate ecclesiastica*, *resolutio* LXXIV, *An Bulla Cene tollat casus Regni Galliarum, quas privilegiatos appellant, et quid de privilegio Monarchie Regni Sicilie?* (ed. cit., p. 314a-b): «Ego vero circa resolutionem huius casus de meo nihil dicam, et nihil ponam, solum referre volui quos alii dixerunt». Coerentemente con questo principio, Diana non fa che allegare una serie di autori che contestano «acriter» la giurisdizione del Tribunale della Regia Monarchia (fra i quali Cesare Baronio), e un'altra serie di autori (fra i quali Antonio Scibetta) che invece difendono il privilegio.

morabile[19]. Sebbene alcuni autori, come Covarrubias, abbiano dato una risposta affermativa allegando la prassi corrente in diversi Regni europei, sulla questione Diana mantiene l'opinione negativa, che con decisione era stata sostenuta da Francisco Suárez[20]. Nemmeno la tolleranza del Sommo Pontefice può avere la forza di legittimare tali prassi, perché la tolleranza non rappresenta un'implicita approvazione delle stesse prassi, ma è solo diretta a evitare mali maggiori. A suo dire, tuttavia, non può escludersi *a priori* che su talune questioni toccate nella bolla *In coena Domini* possa eventualmente ravvisarsi un «consensus tacitus et approbativus» del Papa riguardo a determinate prassi che derogano alla bolla stessa. Ciò premesso,

---

[19] Diana, *Resolutiones morales*, *Pars* I, *Tractatus* II, *de immunitate ecclesiastica*, *resolutio* IV, *An per consuetudinem, maxime si sit immemorabilis, dicta immunitas revocari possit* (ed. cit., p. 14a-b). Qui Diana invita il lettore a usare molta cautela nell'attribuire autorità a Covarrubias in una materia, come questa delle relazioni tra giurisdizione ecclesiastica e civile, nella quale il giurista spagnolo sarebbe stato troppo parziale, secondo un'opinione del cardinale Bellarmino. Diana fa anche un interessante riferimento all'opinione di Juan de Madariaga, citato per il *Tractatus de senatu* pubblicato anonimo col titolo: *Govierno de Principes y de sus Consejos para el bien de la Republica. Con un tratado de los Pontifices, y Prelados de España, y de los Grandes, y Titulos, y linages Nobles della*. Compuesto per un devoto religioso que por su humilidad no se nombra. Corregido y emendado en esta ultima impresion, por el P. Maestro Fray Vicente Gomez Prior del Real Convento de Predicadores de Valencia, Valencia, por Juan Bautista Marçal, 1626. Nel Cap. 39, *Del respeto con que se han de tratar en el Senado las cosas de Dios, y de la Iglesia: tratase en particular del culto divino, y de las rentas ecclesiasticas, y el punto de las fuerças*, Madariaga prende le mosse dall'opinione di Covarrubias (*Practicarum Quaestionum liber unus*, *caput* XXXV) relativamente a una materia (*recurso de fuerza* e pratica dell'*exequatur*) che giudica essere una vera «pietra dello scandalo»: «Hay en Espana una piedra de escandalo en que tropieçan todos los modernos que escriven, assi teologos como juristas. Los unos la dan por bien asentada, los otros no» (p. 456). Madariaga ritiene (pp. 457 s.) che tali pratiche possano comunque essere esercitate dalle magistrature regie secondo la forma prevista dal c. *Si quando*, *de rescriptis* (*Decretales Gregorii IX*, 1.3.5), norma che dai giuristi veniva posta a fondamento di quella *supplicatio* dei vescovi al Sommo Pontefice che in seguito sarebbe stata qualificata come *ius remonstrandi*. Tale modello di azione, secondo Madariaga, si sarebbe dovuto applicare anche nei rapporti tra giurisdizione secolare e Sede Apostolica. In sostanza, l'azione dei magistrati laici avrebbe dovuto assumere la forma di una supplica rivolta alla Sede Apostolica affinché questa rivedesse il provvedimento ritenuto lesivo dei diritti di singoli o di prerogative della Monarchia. A proposito dell'opinione di Covarrubias, comunemente citata al riguardo, conclude: «Que cierto por mas que diga Covarruvias, quando escrivio siendo Oydor de Granada, y por ventura lo quisiera borrar siendo Obispo, hay mucha razon de temer y dudar deste uso tantas vezes reprobados» (p. 458).

[20] Diana si riferisce a Francisco Suárez, *Contra Regem Angliae* (= *Defensio fidei Catholicae contra anglicanae sectae errores*), *liber* IV, *caput* XXXII, *Quibus modis possit immunitas ecclesiastica violari*, n. 21 (R.P. Francisci Suarez e Societate Jesu *Opera omnia*, editio nova, a Carolo Berton… innumeris veterum editionum mendis expurgata, adnotationibusque in ultimum tomum relegatis illustrata…, t. XXIV, Parisiis, Apud Ludovicum Vivès, Bibliopolam Editorem, 1859, p. 511): «Ex dictis ergo satis constat, nullam consuetudinem, etiam si immemorialis sit, ullo modo contra immunitatem ecclesiasticam prevalere posse… Solum obiici solent quedam peculiares consuetudines aliquorum regnorum, que, licet sint contra immunitatem ecclesiasticam, sine scrupulo a magistratibus laicis observantur. Ad illas vero possemus uno verbo respondere, illas consuetudines non ad ius, sed ad facta hominum pertinere, propter que veritatem negare non possumus, neque illorum rationem aut excusationem dare tenemur, sed ad illos hoc spectat, qui consuetudines illas observant…».

Diana ritiene che la materia sia «multum dubia et periculosa». Al teologo, pertanto, non spetta se non individuare le coordinate del problema: la questione è rimessa alla responsabilità e al discernimento dei principi e dei ministri laici[21].

Occorre quindi indagare se possano esservi deroghe alla libertà ecclesiastica fondate su privilegi eventualmente esistenti in qualche Regno. Diana ricorda che taluni autori avevano risposto affermativamente quanto ai privilegi del Re di Spagna relativi al tribunale «de la fuerza», o ai privilegi del re di Francia in materia beneficiale, o ai privilegi della Repubblica veneziana in materia di giurisdizione sul clero. Qui Diana tace – probabilmente per prudenza – della peculiare situazione siciliana. La risoluzione del problema richiede che l'esistenza di eventuali privilegi sia di volta in volta accertata; poi, occorre chiedersi se i privilegi effettivamente esistenti siano stati abrogati dalla bolla *In coena Domini*. Come di consueto, Diana pone a confronto opinioni favorevoli e contrarie, e fa una significativa precisazione circa il privilegio remuneratorio (tale era comunemente ritenuto quello della Legazia Apostolica), che secondo alcuni autori non potrebbe essere unilateralmente revocato dal Pontefice. Anche in questo caso Diana non fa che prendere atto della divaricazione di opinioni, entrambe sostenute dall'autorità di «uomini dottissimi»[22].

Ulteriore questione è quella se i magistrati secolari possano giudicare le cause ecclesiastiche «per viam violentiae», cioè nel caso della *appellatio a gravamine*. I giuristi sono soliti rispondere affermativamente – primo ad essere ricordato è Francisco Salgado de Somoza col suo *Tractatus de regia protectione*[23] –. Tra i teologi, alcuni non contestano tale opinione[24], affermando che in questo caso l'intervento del giudice è compiuto non «per viam iurisdictionis, sed per viam iuste defensionis». L'opinione comune dei teologi è però negativa, poiché essi ritengono che ogni provvedimento ecclesiastico debba essere impugnato secondo gli ordinari rimedi previsti dal diritto ca-

---

[21] Diana, *Resolutiones morales*, *Pars* I, *Tractatus* II, *de immunitate ecclesiastica*, *resolutio* V, *An adsit tolerantia, et consensus tacitus Summi Pontificis cum dicta consuetudine; ita ut principes aliquid licite efficiant adversus libertatem ecclesiasticam?* (ed. cit., pp. 14b-15a): «Sed quia res est multum dubia et periculosa, videant principes et ministri laicalis iurisdictionis, quid faciant» (p. 15a).

[22] Diana, *Resolutiones morales*, *Pars* I, *Tractatus* II, *de immunitate ecclesiastica*, *resolutio* VI, *An per aliquod privilegium sit in aliquibus Regnis supradicta ecclesiastica libertati derogatum?* (ed. cit., p. 15a-b). Conclude: «Tuentur igitur utramque sententiam doctissimi viri, sed ad alia procedamus» (p. 15b).

[23] Pubblicato la prima volta nel 1626: D. Francisci Salgado de Somoza, iuris utriusque antecessoris et in Amplissimo Regioque Senatu Galleciae Advocati, *Tractatus de regia protectione vi oppressorum appellantium a causis et iudicibus ecclesiasticis*. Utrique Reipublicae, tam Ecclesiasticae, quam temporali, valde utilis: necnon supremis regalibus Praetoriis, cunctisque Tribunalibus Ecclesiasticis omnino necessarius…, Lugduni, Sumptibus Laurentii Anisson, et Soc., 1647.

[24] Anche sul fondamento dei canoni grazianei solitamente allegati nella questione: cfr. sopra, nota 10.

nonico. In tanto grave materia Diana ritiene di dovere attenersi alla comune opinione negativa dei teologi, ma non disconosce validità – sia pure «speculative loquendo» – all'osservazione di taluni autori, secondo i quali sarebbe possibile adire la giurisdizione laica nel caso in cui il giudice ecclesiastico fosse assente o non volesse reprimere un abuso[25].

Un'altra questione nella quale Diana dà atto del consueto contrasto di opinioni è quella se le autorità civili possano trattenere i provvedimenti papali in cancelleria per esaminarli e mandarli ad esecuzione. Anche qui la comune opinione dei giuristi, tra i quali è ricordato il Covarrubias delle *Practicae quaestiones*, è che tale azione dei magistrati laici sia legittima. Secondo i giuristi il controllo delle bolle pontificie è finalizzato a verificare se le lettere siano state ottenute dolosamente attraverso una falsa rappresentazione dei fatti, e se per questa ragione esse ledano i privilegi del Regno o altre situazioni giuridiche legittime. In definitiva, si tratterebbe di un controllo svolto a vantaggio della stessa Sede Apostolica. All'opposto, i teologi ritengono che un controllo di tal genere dovrebbe comunque essere svolto da prelati ecclesiastici o dai nunzi apostolici[26].

In un'altra risoluzione Diana si chiede se il privilegio di conoscere le cause ecclesiastiche, concesso a un principe laico, possa essere revocato[27]. Sotto la veste di un astratto interrogativo trapela con evidenza la realtà storica della Legazia Apostolica di Sicilia. L'autore ritiene che il privilegio possa essere revocato, anche se esso sia rafforzato da una consuetudine immemorabile

---

[25] Diana, *Resolutiones morales*, *Pars* I, *Tractatus* II, *de immunitate ecclesiastica*, *resolutio* XIII, *An ministri regii possint cognoscere causas ecclesiasticas per viam violentiae, ut vulgo dicitur* (ed. cit., p. 18a-b): «Sed ego in controversia tam gravi, puto non esse recedendum ab hac sententia negativa theologorum, quamvis speculative loquendo, non videatur spernenda aliquorum observatio, qui putant tunc aliquem, cui violentia infertur, posse adire iudicem laicum, quando ad talem vim reprimendam iudex ecclesiasticus non adesset, seu si adesset, nollet reprimere» (p. 18b). La medesima questione è trattata anche in *Pars* III, *Tractatus* I, *de immunitate ecclesiastica*, *resolutio* LIII, *An sit licitum pro vi tollenda recurrere ad Regios tribunales* (ed. cit., p. 309a-310a). Anche qui Diana propende per la soluzione negativa. Sull'argomento Diana torna ulteriormente in *Resolutiones morales*, *pars* V, *de immunitate ecclesiastica*, *resolutio* XII, *An sit licitum iudicibus secularibus per viam violentie cognoscere causas ecclesiasticas?* (per la *pars V* ho utilizzato: R.P.D. Diana Panormitani clerici regularis, et Sancti Officii Regni Siciliae Consultoris, *Resolutionum Moralium pars quinta*, Venetiis, apud Franciscum Baba, 1640, pp. 15b-17a).

[26] Diana, *Resolutiones morales*, *Pars* I, *Tractatus* II, *de immunitate ecclesiastica, resolutio* XII*, An ministri regii possint detinere in cancellariis bullas apostolicas ad examinandum, et executioni mandandum* (ed. cit., pp. 17b-18a). Nel passo si cita il cap. 35 delle *Practicae quaestiones* di Covarrubias, sul quale mi sono soffermato sopra, nota 7. Sul tema Diana ritorna in *Resolutiones morales*, *Pars* V, *de immunitate ecclesiastica*, *resolutio* XII, *An sit contra immunitatem ecclesiasticam recognoscere et detinere bullas pontificias in regiis cancellariis?* (v. sotto, Orientamenti bibliografici e postille, § 4).

[27] Diana, *Resolutiones morales*, *Pars* III, *Tractatus* I, *de immunitate ecclesiastica*, *resolutio* LVII, *An privilegium cognoscendi causas ecclesiasticas concessum principi laico, revocari possit* (ed. cit., p. 310b).

(*privilegium observatum* «per consuetudinem immemorabilem tali privilegio innixam»), in quanto sia lesivo della libertà ecclesiastica. E aggiunge un dato rivelatore del reale obiettivo del suo discorso: «adde quod hec censenda est iurisdictio delegata, que revocari potest». E tuttavia la nettezza della conclusione viene temperata da una precisazione riguardante i privilegi concessi *in remunerationem*, come era comunemente considerato quello della Legazia: essi possono essere revocati solo per giusta causa, per esempio a fronte di una compensazione.

Gli effetti delle prescrizioni pontificie che infirmavano l'istituto della Legazia (in primo luogo quelle contenute nella bolla *In coena Domini*) sono discussi da Diana con riferimento al quesito se le leggi umane, civili o ecclesiastiche, obblighino solo in quanto abbiano ricevuto il consenso e l'accettazione del popolo[28]. Taluni teologi rispondevano negativamente, perché tra il legislatore e il popolo vi è un necessario rapporto di superiorità e inferiorità che esige l'obbedienza del suddito al sovrano[29]. Fra l'altro, se il dissenso alla legge fosse libero, si creerebbe una situazione di permanente «bellum iustum» tra legislatore e sudditi, causato da un insanabile conflitto tra la giusta richiesta di obbedienza e la giusta resistenza del popolo[30]. La soluzione opposta, tuttavia, è sostenuta da «non ignobiles authores» (Azpilcueta, Figliuc-

---

[28] Diana, *Resolutiones morales*, *Pars* I, *Tractatus* X, *De legibus*, *resolutio* I, *An, ut leges humane tam civiles, quam pontificie obligent, et requiratur consensus, et acceptatio populi?* (ed. cit., p. 146a-b).

[29] Fra i teologi citati vi è Francisco Suárez, con due noti capitoli del *De legibus ac Deo legislatore*: *Liber* III, *caput* XIX, *utrum acceptatio populi sit necessaria in lege civili ut perfecte constituatur et vim habeat obligandi*; *Liber* IV, *caput* XVI, *utrum lex canonica obliget fideles priusquam ab eis acceptetur* (R.P. Francisci Suarez e Societate Jesu *Opera omnia*, editio nova a Carolo Berton… accurate recognita, t. V, Parisiis, apud Ludovicum Vivès, Bibliopolam Editorem 1856, rispettivamente pp. 249-253 e 395-399).

[30] Sul punto Diana si affida all'opinione di Pedro de Lorca. «… Lorca in p. 2 tr. de legib. disp. 20 fol. mihi 445, ubi ita ait: 'Hec sententia evidens est, nec opposita percipi potest, nam legislatores leges imponunt iure prefecture, et dominii, quod in subditos habent, et obligatio legis oritur ex subiectione, qua subditi prelatis subsunt, et obedientia, quam illis prestare tenentur: obedientie autem vis non oritur a subditi acceptatione; et si liberum esset populo dissentire, et leges respuere, non essent subditi; nam voluntate, et non necessitate parerent, et fieret quasi conventio quedam, et pactum inter subditos et prelatum de observanda lege, nec ullum esset obedientie vinculum. Confirmatur, quia nisi lex cogeret subditos et obligationem induceret absque dependentia ab eorum approbatione, subditique possent dissentire, esset bellum (velum *Lorca*) utrimque iustum; nam legislator iuste exigit obedientiam et observationem legis, et subditus iuste resistit, cum acceptatio legis eius arbitrio commissa sit. Confirmatur preterea, quia preceptum actuale obligat nullo expectato assensu eius, cui imponitur, nec aliquis oppositum umquam mente concepit: ergo et lex; maior enim, et non minor est legis, quam simplici precepti vis': ita ille, satis quidem probabiliter» (ed. cit., p. 146a). La citazione di Diana è fedelmente tratta da *Commentariorum, et disputationum in primam secundae Sancti Thomae magistri fratris* Petri de Lorca*, Monachi Cisterciensis, ex observantia Hispaniae, et theologi Complutensis, tomus alter, complectens tres sectiones, de vitiis et peccatis, de legibus, et de gratia*, Compluti, Ex officina Ioannis Gratiani, apud Viduam, 1609: *De legibus*, *Disputatio* XX, *utrum, ut lex humana obliget, requiratur populi consensus*, pp. 445-446 (p. 446 per la citazione).

ci, Lessius, etc.), sulla base dell'idea che la legge è promulgata sotto la tacita condizione che essa non debba obbligare se non sia accettata dai suoi destinatari. Nel discorso è ricordato il tradizionale argomento tratto dalla seconda Lettera di Paolo ai Corinzi, secondo il quale la potestà che Cristo ha dato alla Chiesa deve essere usata «non in destructionem, sed in edificationem»[31]. Su queste premesse, non potrebbe pensarsi che il legislatore voglia usare della sua potestà contro il consenso del popolo, perché ciò significherebbe, appunto, agire *in destructionem* e non *in aedificationem*[32]. Per questa ragione vi sono autori (fra cui il Juan de Valero più sopra citato) i quali ritengono che anche la bolla *In coena Domini* non obblighi in coscienza dove non sia stata ricevuta, sebbene altri sostengano il contrario «magis probabiliter». E tuttavia, la prima opinione non è da considerare improbabile[33]. Tutto ciò considerato, Diana aderisce all'opinione negativa: in particolare, per quanto riguarda le leggi papali, tale soluzione discende dal fatto che il Sommo Pontefice riceve la potestà di governo immediatamente da Dio e non dal popolo. Comunque Diana ammette che la legge possa perdere la sua obbligatorietà per il non uso, quando questo provochi un effetto abrogativo. In ogni caso, poiché la bolla *In coena Domini* è pubblicata ogni anno, non vi sono elementi per sostenere che essa sia abrogata da una consuetudine contraria[34].

Per i medesimi argomenti Diana risponde negativamente alla questione se il giudice laico possa non incorrere nella scomunica comminata dalla bolla *In coena Domini* contro i suoi trasgressori, quando essa non sia stata accettata «in sua Provincia»[35].

---

[31] II Corinzi 13.10: «Ideo haec absens scribo, ut non praesens durius agam secundum potestatem, quam Dominus dedit mihi in aedificationem et non in destructionem».

[32] «Et ratio est, quia leges promulgantur sub tacita conditione, si a populo acceptentur, hoc enim videtur conforme benigne principum et legislatorum voluntati, ne nimis onerosi videantur…» La volontà del legislatore «interpretatur, ut quamdiu lex ipsius non est a populo recepta, velit obligationem eius suspendi, ne detur peccati occasio. Et confirmatur ex verbis D. Pauli 2 ad Cor. 13, ubi asserit Christum dedisset hanc potestatem prelatis Ecclesie non in destructionem, sed in edificationem, ergo presumendum est prelatos non velle uti sua potestate contra communem populorum consensum, hoc enim esset uti in destructionem, non edificationem. Quando autem lex non dicatur usu recepta: respondeo, quando maior pars populi prosequitur facere, quod facere consueverat ante legis promulgationem…» (ed. cit., p. 146a-b).

[33] «…non est tamen altera opinio improbabilis, ut minus recte aliqui his diebus dixerunt» (ed. cit., p. 146b).

[34] «Sed his non obstantibus quoad leges pontificias, credo non esse recedendum a prima sententia, cum Pontifex iurisdictionem accipiat immediate a Deo, et non a populo, et ideo eius lex non pendet quoad eius obligationem a populi acceptatione, et per hoc peccant illam non acceptando, quamvis per non usum, si est abrogata, non obligat amplius; cumque Bulla Cene quotannis publicetur, non potest per non usum tolli» (ed. cit., p. 146b).

[35] Diana, *Resolutiones morales*, *Pars* III, *Tractatus* I, *de immunitate ecclesiastica*, *resolutio* LIV, *An iudex laicus excusetur ab excommunicatione Bullae Cene contra ipsius transgressores lata, pretextu*

Sebbene Diana dichiari di seguire l'opinione maggioritaria dei teologi, e mostri una tendenziale adesione ai principî sostenuti dalla Sede Romana, emerge con chiarezza un atteggiamento estremamente cauto, ma non per questo opportunistico, nelle questioni che riguardano direttamente o indirettamente la Regia Monarchia. Su questi temi, la realtà viva e operante della Regia Monarchia, il consolidato assetto di poteri che essa comportava, la duplice obbedienza a Dio e a Cesare a cui è tenuto ciascun fedele, e che può provocare dilemmi insolubili in chi sia gravato da responsabilità politiche o ecclesiastiche, imponevano (non solo all'autore) un equilibrio tra l'esigenza di propugnare il valore della libertà ecclesiastica e quella di rispettare le prerogative regie *circa sacra*. La posizione di Diana non può essere collocata nelle strettoie di una netta alternativa tra schieramento regalista e schieramento curialista. Il fondamento privilegiario della Legazia Apostolica e il carattere remuneratorio di tale privilegio – elementi comunemente asseriti dalla dottrina giuridica siciliana – ponevano dei problemi che, nei termini del discorso giuridico e teologico, anche per uno strenuo difensore delle immunità ecclesiastiche non potevano essere semplicemente risolti nel senso della prevalenza del nuovo diritto pontificio sui consolidati istituti del diritto ecclesiastico siciliano.

La materia rimaneva per un verso soggetta ai conflitti politici, per l'altro affidata alle controversie dei dotti, come mostra con evidenza un'opera di Mario Cutelli concepita quale contrappunto critico alle tesi di Diana in materia di immunità ecclesiastica[36]. La critica di Cutelli a Diana non sembra fondarsi su una semplice adesione ai postulati della concezione regalista. Ragioni più profonde emergono dalla lettera dedicatoria indirizzata al Pontefice Innocenzo X. Secondo Cutelli, la *libertas sentiendi* nelle questioni che non attengono alla fede è stata sempre permessa sin dai primordi della Chiesa. Nel campo delle *iurisdictionales controversiae*, però, tale libertà è ora minacciata da taluni scrittori di cose morali, i quali tentano di rafforzare le proprie opinioni e attribuire maggiore autorità ai loro scritti attraverso il timore della conscienza e della religione, affermando che quanti non la

---

quod non sit in sua Provincia acceptata? (ed. cit., p. 310a). Nella risposta Diana riferisce di avere udito da «viri fide digni» che alcuni Pontefici, interrogati sulla questione, avevano risposto che doveva essere rigettata la tesi che la legge richiede l'accettazione del popolo: «ergo bulla Coenae independenter ab acceptatione obligat».

[36] *De prisca et recenti immunitate Ecclesiae ac ecclesiasticorum libertate generales controversiae in duos libros distinctae, in quibus admodum Rev. P.D. Antonini Dianae Resolutiones in controversiam vocantur, et excutiuntur*, auctore Mario Curtelli Villaerosatae Comite, Catinensi Patritio, Regis Consiliario, Matriti, ex typographia regia, 1647, in particolare *Liber* II, *questio* VI, *An per aliquod privilegium sit aliquibus Regnis supradictis ecclesiastice libertati derogatum*, pp. 203a-207a.

pensano come loro sono irretiti dalle censure ecclesiastiche[37]. Questo è il quadro entro il quale Cutelli analizza, a largo raggio, le molteplici tematiche connesse con le immunità ecclesiastiche trattate da Diana. Quanto al tema della peculiare situazione del Regno di Sicilia, in Cutelli, non a caso, ricompare l'argomento, consueto nella giurisprudenza siciliana, secondo il quale le prerogative della Regia Monarchia discendono da un privilegio remuneratorio[38], confermato da un uso continuo, ininterrotto e non contraddetto[39], che in mancanza di una clausola derogatoria espressa non può dirsi revocato dalla bolla *In coena Domini*[40]. Inoltre, il privilegio della Legazia Apostolica,

---

[37] Cutelli, *De prisca et recenti immunitate*, Lettera dedicatoria a Innocenzo X: «Libertas sentiendi P.S. a priscis usque Ecclesie seculis, in his, que ad fidem non pertinent, nec speciali, et aperta Ecclesie, ac Predecessorum tuorum sanctione stabilita sunt, unicuique, ac semper permissa fuit ex Apostoli scito: 'Omnia probanda, et quod bonum est, tenendum' (*cfr. Paolo, I Lett. ai Tessalonicesi 5.21*). Inde varie disputationes per plura secula sine ullo conscientie periculo hinc inde agitate, ac ad libitum amplexe. Inter has, iurisdictionales controversias contineri non ambigitur: quod tamen hoc novissimo seculo nonnullorum Moralium Scriptorum opera inversum conspicimus, qui cum alios sue schole viros dissentire comperiissent, et Canonistarum, Cesareumque Interpretum veteri more inter se pugnare; quo maior suis scriptis auctoritas accederet, conscientie, religionisque metu suas opinationes firmare conati sunt, oppositorum Sectatores censuris irretiri affirmantes…».

[38] Cutelli, *De prisca et recenti immunitate*, *Liber* II, *questio* VI, n. 2 (ed. cit., p. 203b): «… in tantorum erga Ecclesiam beneficiorum remunerationem». Secondo i canoni, «qui re vera in iuridica hac materia iurisdictionum attendendi sunt», l'esistenza del privilegio può essere provata «ex diuturno, nonve interrupto, nec contradicto usu» (ed. cit., p. 204b, n. 9).

[39] A proposito dell'uso pacifico e non contraddetto della Legazia si veda quanto scrive Mario Muta, il quale ricorda una vicenda del 1544 nella quale Paolo III emanò un breve col quale rimetteva al Giudice della Monarchia una causa che era stata indebitamente portata al giudizio del Pontefice. Cfr. *Capitulorum Regni Siciliae Constitutionum, et Pragmaticarum munificentissimorum Regum Martini, et Ferdinandi I compositionum* (sic) *Tomus Tertius*… authore U.I.D. Mario Muta, Panormi, Apud Ioannem Antonium de Franciscis, 1614, sul cap. 35 di re Martino, in particolare n. 10 p. 163a-b: «Et in hoc regno a Magno Comite Rogerio hucusque semper absque aliqua contradictione usus et observantia fuit, Legatum natum habere talem iurisdictionem (*cioè* spiritualem). Immo legimus et videmus actum Paulum III. Pont. Max. quandoque caussas ad Regiam Monarchiam remisisse sicut demonstratur in causa cuiusdam canonicatus maioris ecclesie nostre Panormitane, que cum in Regia ipsa Monarchia fuisset ventilata, in qua don Paulus de Sorio obtinuisset, ad instantiam clerici Antonii Cardella adversarii, non facta mentione status cause a S. Pontif. commissionem obtinuit, quod sentiens Sorius ipsi S. Pontifici rei veritatem exposuit causamque per eandem Regiam Monarchiam decisam ac terminatam fuisse asseruit. Summusque Pontifex de veritate cause informatus causam iudicibus regie Monarchie remisit, ut constant hec omnia ex brevi Rome obtempto ad petitionem dicti don Pauli sub anulo Piscatoris, die 18 aprilis 1544, executoriato in hoc regno 17 iulii eodem anno, et sic, cum in ista sint possessione Reges Sicilie, in eadem sunt conservandi, ita Aufrerius… quem refert et sequitur Xibecca…». Ciò è possibile, secondo Muta, perché il Papa può delegare la sua *potestas iurisdictionis* anche a un laico. Nell'esercizio della giurisdizione delegata, tuttavia, il Re e il suo *alter ego*, il Viceré, si avvalgono di persone ecclesiastiche (p. 165a n. 20): «Tanto magis quia Rex noster constituit proreges ad nominandum personas ecclesiasticas, de quibis confidit… et eisdem caussas similiter ecclesiasticas delegandi potestatem, que persone ecclesiastice cum consilio seu voto M.R.C. vel Consistorii S.R.C aut aliorum consiliariorum possunt iudicare et sententiam proferre…».

[40] Cutelli, *De prisca et recenti immunitate*, *Liber* II, *questio* VI, n. 15 (ed. cit., p. 205b): «At si omissis scribentium numero et auctoritate (que pro me nec deficiunt) veritas sectanda est, nullibi

come altri similari, è perfettamente aderente alle funzioni spettanti al principe cattolico, al «Princeps intus Ecclesiam existens»: lungi dal ledere la libertà ecclesiastica rettamente intesa, la protegge di fronte ai tentativi di parte del clero di intendere tale libertà come licenza di violare i doveri relativi alla propria condizione[41].

5. *La «controversia liparitana» (1711-1728). Dalla Sicilia alla Francia: da Giovan Battista Caruso a Louis-Ellies Du Pin, per concludere con Voltaire*

Pur con tutte le sue peculiarità, fondate sul privilegio della Legazia Apostolica, il sistema dei rapporti tra Stato e Chiesa nel Regno di Sicilia era improntato a quei principî regalisti che lo rendevano assimilabile ai sistemi vigenti negli altri altri Stati cattolici d'Europa. Un riflesso di questa situazione è visibile nel fatto che i problemi trattati nel dibattito giuridico e teologico, e le soluzioni di volta in volta proposte, sono il frutto di riflessioni che si alimentano delle esperienze vissute nel contesto di ordinamenti politici sì diversi, ma accomunati dalla presenza di problemi nascenti dall'incrocio tra le prerogative dei sovrani *circa sacra* e la resistenza di Roma di fronte a prassi considerate come indebite ingerenze nell'amministrazione della Chiesa.

Questo fenomeno di mediazione culturale dei conflitti politico-ecclesiastici si manifesta chiaramente durante la «controversia liparitana» (1711-1728). Scatenatasi da un evento accaduto nell'isola di Lipari, essa impegnò per quasi due decenni il Regno e la Santa Sede, coinvolgendo le grandi potenze europee (Spagna, Francia, Austria) non solo per gli interessi politici in gioco, ma anche per le questioni di principio che essa implicava.

Scoppiata sotto Filippo V nel 1711, proseguita sotto Vittorio Amedeo II di Savoia (al quale la Sicilia era stata ceduta col trattato di Utrecht, 1713), la controversia si concluse nel 1728 sotto Carlo VI d'Austria, a cui l'Isola

---

per Bullam illam concessa iam a Pontificibus privilegia, vel usu probata, ac iam seculis tot firmata revocari video, qui scio huiusmodi expressam, ac nominatam derogationem desiderare, tam si ius, quam si morem Pontificum in similibus spectare velimus».

[41] Cutelli, *De prisca et recenti immunitate*, *Liber* II, *questio* VI, n. 4 (ed. cit., p. 204a): «Per hec minime ecclesiastice libertati detractum videri debet, quoniam ob publicum totius Ecclesie corporis bonum, eiusque membrorum uni, vel alteri principi intus Ecclesiam existenti negotiis super secularibus, ac profanis clericorum tribuitur, libertatem (si regulata illa non sit) non imminuit, immo conservat, ac sepius adauget. Libertas enim, qua ecclesiastici aliqui, ut libitum vivere (sui ordinis regulis, ac moderatione spreta) posse putant, dissolutio est, corruptio morum, ordinis dedecus (*cita la prima lettera di Pietro, 2.13*)… Datur enim libertas nomine, que re vera libertas non est, qua forte docentur fideles, clerici nempe et laici, vel potestates spernere, vel legibus non parere, disciplinam omnem abiicere, omnia conturbare…».

era pervenuta nel 1720. Un susseguirsi si interdetti e scomuniche, decreti del Tribunale diretti ad annullare tali atti, espulsione di vescovi, imprigionamento di ecclesiastici, una pressante propaganda curialista ed anticurialista, tutto ciò disorientava le coscienze e creava problemi per l'ordine pubblico. Pur con significative eccezioni, il clero siciliano rimase fedele alla Corona e favorevole al mantenimento dei privilegi della regia Monarchia, ma senza disconoscere, al fondo, le ragioni della Curia Romana[42].

Nel 1715 Clemente XI pubblicava la bolla *Romanus Pontifex*, con la quale aboliva la Legazia Apostolica e il Tribunale della Regia Monarchia[43]. Ma il provvedimento rimase privo di effetti. La controversia si concluse il 30 agosto 1728, quando Benedetto XIII emanò la bolla *Fideli ac prudenti dispensatori*, nota come *Concordia benedettina*. Essa riconosceva, sia pure con qualche limitazione, la Legazia Apostolica, ma nel Regno le fu attribuito un valore meramente ricognitivo della preesistente situazione, e fu eseguita con la clausola «iuribus fisci semper salvis»[44].

Nel 1714, quindi nel fervore della «controversia liparitana», lo storico siciliano Giovan Battista Caruso compose, per incarico di Vittorio Amedeo II di Savoia, il *Discorso istorico-apologetico della Monarchia di Sicilia*[45]. L'intento dell'opera è reso evidente dal titolo: l'indagine sui fondamenti del privilegio siciliano è funzionale alla giustificazione dell'istituto della Legazia nell'assetto che aveva a quel tempo acquisito. Nondimeno, l'opera presenta interessanti prospettive di analisi che toccano, più in generale, il tema delle prerogative dei sovrani secolari in materia ecclesiastica. L'intento di Caruso è dimostrare che, sebbene le peculiari prerogative del Re di Sicilia discendano dalla concessione di Urbano, tutte o la gran parte di esse il Re potrebbe

---

[42] Esemplare una lettera di Mons. Gasch, arcivescovo di Palermo (1717): «non credo che il Papa né il Re presumono cose ingiuste, almeno circa al punto principale dei loro litigi: e perciò bisogna che m'incarichi della giustizia dell'uno e dell'altro, perché la stessa legge evangelica che mi obbliga di obbedire al Papa, mi obbliga a rispettare il Re. I sacri canoni non vietano che il vescovo sostenga gli ordini del Papa per rappresentargli ciò che il Papa non vede, e faccia uso delle necessarie dispense ove si temano maggiori disordini… molto più trattandosi di dispareri tra la Chiesa e lo Stato»: in Antonino Mongitore, *Vita di Monsignor Fr. D. Giuseppe Gasch dell'Ordine de' Minimi di San Francesco di Paola Arcivescovo della Metropolitana Chiesa di Palermo*, Palermo, Agostino Epiro, 1729, p. 56, che cito da Gaetano Catalano, *Studi sulla Legazia Apostolica di Sicilia* (Historica 4), Reggio Calabria, Parallelo 38, 1973, pp. 103 s.

[43] Può leggersi in Caruso, *Discorso istorico-apologetico*, cit., pp. 335-345. Fu emanata il 14 febbraio 1714, ma pubblicata un anno dopo.

[44] Prammatica del 15 febbraio 1729, che al suo interno riproduce il testo della *Concordia*: edizione in Agostino Forno, *Storia della Apostolica legazione annessa alla corona di Sicilia*, a cura di Giuseppe Maria Mira (Collezione di opere inedite o rare riguardanti la Sicilia 2), Palermo, Stamperia G.B. Gaudiano, 1869, pp. 381-429.

[45] *Discorso istorico-apologetico della Monarchia di Sicilia*, citato per esteso sopra, nota 2.

comunque esercitare in forza di un diritto proprio connesso con la funzione regale. Per provare questa tesi l'autore risale alla disciplina della Chiesa antica, in particolare dei primi tre secoli, nella quale le Chiese locali godevano di una spiccata autonomia, dipendendo da Roma solo nella misura in cui ciò fosse necessario per mantenere l'unità della fede[46].

Secondo Caruso i principi secolari non sono delle mere persone laiche, anzi sono persone sacre, come attesta il rito della consacrazione e dell'unzione regia. Secondo il diritto divino, e per diritto inseparabile dalla loro sovranità, i Re sono protettori della fede, della Chiesa e della disciplina ecclesiastica. Quindi non potrebbe stimarsi cosa impropria che i re di Sicilia abbiano ricevuto per delegazione una serie di poteri che, per diritto canonico, spettano al Romano Pontefice[47]. Per queste ragioni le potestà *circa sacra* esercitate dal Re di Sicilia quale legato del Papa corrispondono, all'ingrosso, ai poteri che comunque spetterebbero al Re per diritto proprio[48]. A questo proposito Caruso distingue le materie dogmatiche e spirituali[49], nelle quali la

---

[46] Caruso, *Discorso istorico-apologetico*, cit., p. 1 s. (*proemio*): «Fia di uopo togliere ad alcuni, per così dire, la benda dagli occhi, e riandare agli antichi secoli, acciocchè si conosca, che sotto diversa forma, ma con disciplina uniforme presso tutte le nazioni, godetterro sin da' primi secoli i siciliani, quella prerogativa, o per meglio dire, quella lodevolissima consuetudine, che con tanto strepito oggi loro si contende». E poco dopo (p. 3): «*Della disciplina, con la quale da' primi secoli governossi la Chiesa siciliana, insieme con le altre tutte della cristianità*. Non conobbero i cristiani ne' primi tre secoli della Chiesa, e sul principio ancora del quarto, altra dipendenza dal Romano Pontefice, che quella la quale era indispensabile, e dovuta al capo della unione de' cattolici: cioè a dire, la obbligazione di uniformarsi nella credenza alla fede professata dai successori di s. Pietro; la cui cattedra venne sempre riguardata come quella 'unde veritas sacerdotalis exorta est' (S. Cipr. epist. 55)».

[47] Caruso, *Discorso istorico*-apologetico, pp. 50 s.: «Ma nè pur laico assolutamente può dirsi un principe sovrano, nè aliena dall'intutto da' principi laici è gran parte dell'autorità conferita a Rugiero nella bolla di Urbano: mentre i principi cristiani essendo per disposizione divina, per diritto proprio, e della loro sovranità inseparabile, i protettori della fede, e de' fedeli nelle provincie di lor dominio…, ed essendo la potestà regia, come asserisce s. Leone non *solum ad mundi regimen, sed ad Ecclesiae praesidium collata* (ep. 75); non è ragionevole che siino compresi fra la turba de' semplici laici; e specialmente i re di Sicilia, i quali si consacrano, ed ungono con solenne rito, e con le cerimonie della Chiesa: laonde non solo sono dette sacre le loro persone, ma è detto sacro anche il loro palazzo. E potrà dopo ciò stimarsi impropria affatto a tali re la delegazione di quella autorità, che compete ai Pontefici per dritto canonico? essendo per altro i principi iure proprio i difensori, et i protettori della Chiesa e de' canoni? Potrà dirsi che torni in isvantaggio dei Papi che si preggino (*sic*) i principi latini della Sicilia, di esercitare la vicaria potestà di legato apostolico nel regno ove comandano, quando per altro i greci imperatori signori ancora della Sicilia sempre godettero somma autorità nelle cose ecclesiastiche?».

[48] Caruso, *Discorso istorico*-apologetico, cit., p. 92: «Egli è vero però, che senza anche un vero titolo, e la più che vera concessione di Urbano, sarebbe stato lecito, anzi dovuto a' re di Sicilia l'esercitare o tutto o la più gran parte almeno di quello, che si accostuma con l'autorità di legato nel tribunale della regia Monarchia, e per provarlo altro non mi bisogna, che esaminare brevemente quale sia il dritto, che compete privativamente ai Pontefici, e quale sia quello, che hanno con essi comunemente anche i principi nelle cose ecclesiasiche sopra i loro vassalli».

[49] Caruso, *Discorso istorico-apologetico*, cit., p. 92: «decisioni dommatiche, e tutta la sacra dottrina

competenza della Chiesa è esclusiva, dalla «polizia e disciplina esterna delle cose ecclesiastiche e la forma esteriore de' giudizi contenziosi»[50], nelle quali sussiste la competenza dei sovrani temporali, poiché si tratta di materie che riguardano l'ordine e la tranquillità pubblica[51]. L'argomento è rafforzato col ricordo delle comuni esperienze dell'Europa del tempo (Francia, Spagna e Stati italiani), a proposito delle quali Caruso afferma che, «per confermare con nuove prove la giusdizione dei principi secolari su l'esterior disciplina degli ecclesiastici», basterebbe ricorrere alla lettura di autori quali Pietro de Marca[52], Charles Fevret, Louis Thomassin per la Francia, o Solórzano y Pereira, Salgado de Somoza e Covarrubias per la Spagna. I gallicani di Francia e i regalisti spagnoli vengono dunque in soccorso della Sicilia. Ricordando le decisioni dei Parlamenti di Francia in casi di appello per abuso; il "Tribunal della Fuerza" in Spagna, le prassi giurisdizionalistiche veneziane, Caruso invita i lettori a notare quanto più moderata sia, nel confronto, l'azione del Tribunale della regia Monarchia. In ogni caso, la Sede Apostolica dovrebbe preferire che le prerogative giurisdizionali dei sovrani siano esercitate per delega del Papa, come nel caso della Sicilia, piuttosto che per il «*ius commune* a tutti i principi»[53].

L'argomento dell'esistenza di un diritto comune a tutti i principi quale fondamento della giurisdizione regia *circa sacra* non era inedito. Un secolo prima tale argomento era stato sostenuto, sia in generale che con riferimento alla Monarchia sicula, da Marco Antonio de Dominis, in una lunga digressione del trattato *De republica ecclesiastica* diretta a confutare le tesi di Cesare Baronio sulla non autenticità della bolla di Urbano II. Proprio de Domi-

---

che spetta al credere, ed all'operare per ottenere l'eterna salute, e l'interior disciplina, che riguarda la retta amministrazione de' sacramenti».

[50] *Ibidem*.

[51] Caruso, *Discorso istorico-apologetico*, cit., p. 93: materie che riguardano «la pubblica tranquillità, la retta amministrazione della giustizia, la cura de' popoli e de' sudditi, che tali anche sono gli ecclesiastici, come membri dello stato da Dio a' principi secolari commesso. Laonde possono eglino sopra di ciò legitimamente (*sic*) fare e pubblicar quelle leggi, ordini, e statuti, che sembrano loro convenienti».

[52] Il *De concordia sacerdotii et Imperii, seu de libertatibus Ecclesiae gallicanae* di Pietro de Marca è uno dei testi più frequentemente citati nel *Discorso* di Caruso.

[53] Caruso, *Discorso istorico-apologetico*, cit., p. 94: «Mettansi in confronto i registri de' parlamenti, e de' tribunali suddetti, con quelli della Monarchia siciliana, e scorgerassi quanto sia più grande la moderazione usata in Sicilia, circa il dar regola agli eccessi degli ecclesiastici nelle seconde istanze, che altrove anche nelle prime; e quanto sii più decoroso alla Sede Apostolica il titolo di legato assunto da' principi siciliani, per decidere le cause spettanti all'esterior disciplina della Chiesa, che il fondare come altrove vien fatta la giustizia di simili giudicature sopra il solo ius commune a tutti i principi, come protettori delle Chiese di lor dominio e come sovrani, senza eccezione di laico o di ecclesiastico a tutti coloro che vivono dentro i loro stati».

nis aveva affermato, infatti, che i poteri spettanti al Re di Sicilia in virtù della concessione papale spetterebbero a lui comunque «per la potestà ordinaria e naturale» che compete ai principi cristiani[54]. Caruso non menziona de Dominis tra i suoi autori, e non è chiaro se non lo abbia conosciuto, oppure abbia volontariamente taciuto l'ispirazione tratta da un libro condannato da Roma. Comunque, nel *Discorso* di Caruso l'argomento che poggia sulla inseparabile connessione tra sovranità regia e potestà circa sacra è secondario e collaterale rispetto all'argomento principale: il quale, secondo la tradizione della giurisprudenza siciliana, rimaneva connesso alla difesa dell'autenticità del privilegio e delle prerogative da questo derivanti.

Il *Discorso* di Caruso passò alle stampe solo nel 1863, ma ebbe una vasta diffusione manoscritta nel secolo precedente. Vittorio Amedeo II lo inviò a Luis-Ellies Du Pin, della cui consulenza il sovrano piemontese si serviva nel corso della «controversia liparitana». Il teologo parigino utilizzò il *Discorso* per la redazione della sua *Défense de la Monarchia de Sicile contre les enterprises de la Cour de Rome*, pubblicata nel 1716[55].

Il conflitto tra Sicilia e Santa Sede riguardava alcune questioni di principio relative alle immunità ecclesiastiche e all'uso del *regio exequatur* che non potevano lasciare insensibili la Francia con il suo modello gallicano di relazioni tra Stato e Chiesa. Nel 1716, per esempio, il Parlamento di Parigi approvò una mozione con la quale vietava la pubblicazione e ordinava la distruzione di alcuni documenti della Santa Sede riguardanti la controversia siciliana, perché i principî che essi contenevano, soprattutto in materia di *exequatur*, attaccavano apertamente «i diritti di tutti i sovrani e le massime più inviolabili della Francia»[56].

---

[54] *De republica ecclesiastica*, pars secunda… auctore Marco Antonio de Dominis Archiepiscopo Spalatensi, Francofurti ad Moenum, Sumptibus Rulandiorum, Typis Ioan. Friderici Weiss, Anno 1620, *Liber* VI, *caput* XII, p. 238b ss.: *Monarchiam Siculam a Baronio male et immerito oppugnari.* Cfr., in particolare, n. 26 (p. 245a): «Quid possint per suam Monarchiam Reges Siculi in Sicilia, non est amplius ex Urbani privilegio petendum, neque ex legati seu vice-legati apostolici auctoritate… sed ex ipsa supremorum Principum Christianorum ordinaria et naturali potestate: ex qua habent, ut possint iudicare et punire quoscunque ecclesiasticos (de laicis non est dubium) etiam episcopos, et archiepiscopos, et multo magis cardinales… si tamen crimen seu delictum commiserint in rerum ordine temporali, etsi pro ecclesiastico etiam crimine sint temporali poena puniendi…»; e ancora, n. 97 (p. 261b): «Cum enim, ut ostensum est, et sufficienter probatum, ipsa Sicilia insula sit libera et pleno iure suis subiecta regibus. Quicquid possunt omnes reges et principes absoluti et supremi in suis regnis hoc profecto ex seipso et naturaliter potest etiam rex Siciliae. Posse vero reges omnes circa Ecclesias et res ecclesiasticas, iure regio omnia illa quae in Monarchia continentur sicula, est a me cumulatissime in praecedentibus huius libris capitibus comprobatum».

[55] [Louis Ellies Du Pin], *Défense de la Monarchie de Sicile contre les enterprises de la Cour de Rome*, senza indicazione di luogo né di editore, 1716.

[56] Sebbene i documenti riguardino una vertenza in corso nel Regno di Sicilia, «les principes qu'ils

Lo spirito con il quale gli autori gallicani si accostano alle vicende siciliane si manifesta apertamente nella *Défense* di Du Pin. Il titolo del cap. XIII è eloquente: «Tutti i Sovrani sono interessati nella causa del Re di Sicilia, e obbligati a unirsi a lui per mantenere i loro diritti contro le azioni della Corte di Roma»[57]. La soppressione della Legazia da parte di Clemente XI nel 1715 – per la verità rimasta priva di effetti – è un fatto che tocca tutti i sovrani, mettendo in pericolo i loro diritti e la loro autorità. È, infatti, essenziale alla loro sovranità che nessuno possa esercitare una giurisdizione nei loro Stati senza il loro consenso. È loro interesse che nessun suddito, laico o ecclesiastico, possa essere sottoposto al giudizio di un tribunale straniero senza il consenso dei sovrani stessi. Essi hanno il diritto di convocare i concili della Nazione, nel caso che gli affari ecclesiasici dei loro Stati lo richiedano. Hanno il diritto di vietare che rescritti o atti pontifici siano eseguiti nei loro Stati senza loro ordine o permesso. Nel caso in cui qualcuno leda la loro giurisdizione, hanno il diritto di reagire a tali lesioni. Se a torto i loro sudditi sono scomunicati, ed essi vogliano difendersi, è d'uso che siano assolti da tale scomunica affinché possano agire in giudizio. Non riconoscono alcun superiore nella sfera temporale, e hanno il diritto che nessun sovrano straniero o il Papa stabilisca alcunché nelle materie temporali o beneficiali dei loro Stati. Conformemente all'approccio tipico del gallicanesimo al tema del primato papale, a dire di Du Pin i sovrani «ritengono che l'autorità del Papa nello spirituale non è assoluta e illimitata, ma limitata dai canoni»[58]. La conclusione del discorso connette le vicende della Legazia Apostolica con le radici stesse della sovranità politica dei Re cattolici: «Tutte queste massime fondamentali della Sovranità, fondate sul Diritto divino, sul Diritto Naturale, e sul Diritto delle genti, sono violate dalla revoca che il Papa ha appena fatto della Monarchia di Sicilia»[59].

---

ont trouvé dans cet Imprimé leur ont paru attaquer si ouvertement les droits de tous les Souverains, et les maximes les plus inviolables de la France; qu'ils croiroient manquer à ce qu'ils doivent au Roi, et au Public, et à ce qu'ils se doivent à eux-meme, s'ils ne proposoient pas à la Cour de prévenir par sa sagesse, les suites dangereuses que cet Ecrit pourroit avoir, s'il se répandoit dans le Royaume». L'arresto del Parlamento di Parigi si può leggere in Caruso, *Discorso istorico-apologetico*, cit., pp. 376-384; Du Pin, *Défense*, cit., pp. 396-412; Forno, *Storia della Apostolica* legazione, cit., pp. 374-380.

[57] Du Pin, *Défense*, chapitre XIII, *Que tous les Souverains sont intéressez dans la cause di Roy de Sicile, et obligez de se joindre à lui pour maintenir ses droits contre les enterprises de la Cour de Rome* (ed. cit., pp. 164-169).

[58] Du Pin, *Défense*, cit., p. 168: «Ils tiennent que l'autorité du Pape dans le spirituel n'est pas absolue et illimitée, mais bornée par les Canons».

[59] Du Pin, *Défense*, cit., p. 168: «Tout ces maximes fondamentales de la Souveraineté, fondées sur le Droit divin, sur le Droit naturel, et sur le Droit des gens, sont violées par la révocation que le Pape d'à présent a faite de la Monarchie de Sicile».

I medesimi principî sono applicati da Du Pin alla spinosissima questione dell'*exequatur*, fondamentale arma della giurisdizione regia di fronte alle asserite ingerenze della Corte di Roma e, sul versante opposto, strumento ritenuto lesivo della libertà ecclesiastica[60]. La difesa dell'*exequatur* è rafforzata, nell'argomentazione di Du Pin, dalla constatazione che esso è di uso costante nei Regni cristiani d'Europa, connesso com'è con la sovranità dei Principi[61].

Vista dalla prospettiva europea, la Regia Monarchia di Sicilia, con il fascio di poteri che essa racchiudeva, assumeva una veste paradigmatica. Sebbene formalmente ancorata, nelle sue origini, a una concessione della Sede Apostolica, su più vasta scala la regia Monarchia era considerata un modello di azione politica idoneo a inquadrare le pretese degli Stati cattolici di considerare la disciplina del fenomeno religioso come una prerogativa attinente alla loro sovranità. Alla metà del secolo XVIII questo dato appare in tutta evidenza nell'*Essai sur les moeurs* di Voltaire (1756). In un capitolo dedicato alla Sicilia, Voltaire si sofferma in particolare sul diritto di legazione spettante ai suoi sovrani, raccontandone le origini, le vidende essenziali, i ripetuti tentativi di abolizione esercitati dai Pontefici Romani. Voltaire ritiene che le prerogative connesse con la Regia Monarchia, in quanto riguardanti la disciplina esterna della Chiesa, siano perfettamente coerenti con i dogmi della religione. Se così non fosse, Urbano II non avrebbe potuto concedere tale privilegio al conte Ruggero. Ma se tali prerogative sono compatibili con la religione, ciò implica che ogni Regno avrebbe il «diritto» di attribuirle a se stesso[62]. In questa prospettiva è lo Stato a divenire protagonista e arbitro della propria sovranità. Sfrondato dalle peculiarità che ne hanno caratterizzato la storia, per Voltaire «questo privilegio, in fondo, non è che il diritto di Costantino e di tutti gli imperatori di presiedere a tutta la polizia dei loro Stati; tuttavia in tutta l'Europa cattolica non vi è stato se non un gentiluomo normanno che abbia saputo darsi questa prerogativa alle porte di Roma»[63].

---

[60] Du Pin, *Défense*, chapitre XIV, *Que le droit de n'executer les Rescripts, Brefs et Bulles de Rome sans l'autorité di Roi de Sicile, est un droit commun et qui appartient à tous le Souverains, et que c'est une Loi établie dans le Royaume de Sicile* (ed. cit., pp. 170-175).

[61] Du Pin, *Défense*, cit., p. 171: «… usage constant dans tous les Royaumes d'Europe… C'est une chose de droit commun, annexée à la Souveraineté des Princes tels qu'ils soient».

[62] Voltaire, *Essai sur les moeurs*, in *Oeuvres complètes de Voltaire*, Paris, Furne et C., Libraires-Éditeurs, Perrotin, Éditeur, 1846, Chapitre XLI, *De la Sicilie en particulier, et du droit de légation dans cette île*, p. 466: «C'est là ce fameux droit qu'on appelle la *monarchie de Sicile*, droit que, depuis, les papes ont voulu anéantir, et que les rois de Sicile ont maintenu. Si cette prérogative est incompatible avec la hiérarchie chrétienne, il est évident qu'Urbain ne put pas la donner; si c'est un objet de discipline que la religion ne réprouve pas, il est aussi évident que chaque royaume est en droit de se l'attribuer».

[63] *Ibidem*: «Ce privilége, au fond, n'est que le droit de Constantin et de tous les empereurs de

6. *Conclusioni*

Nell'itinerario sin qui percorso ho inteso proporre solo alcuni frammenti di una storia ricchissima e ben studiata, ma ancora in parte inesplorata in parecchie sue pieghe. Le voci prescelte – poche fra le tantissime che potrebbero ascoltarsi – sono tuttavia esemplificative di un dibattito culturale che ha percorso i secoli dal XVI al XVIII. La storia delle istituzioni ecclesiastiche siciliane di Antico Regime, indissolubilmente legata al privilegio della Legazia Apostolica, si colloca al crocevia di esperienze comuni agli Stati confessionali d'Europa (con le loro proiezioni nel Nuovo Mondo iberico). Il dibattito sulla Legazia, per limitarci ai profili giuridici e teologici, ha un respiro propriamente europeo. Da un lato esso è alimentato da motivi ricorrenti in una letteratura giuridica e teologica attraverso la quale è filtrato il processo di ridefinizione dei confini tra competenze statali ed ecclesiatiche. Nella direzione inversa, il dibattito sulla Legazia nutre, con il richiamo alle peculiarità proprie dell'esperienza siciliana, il processo di consolidamento della sovranità dello Stato moderno che rimane, tuttavia, ancora indissolubilmente legato alla sua identità confessionale.

Orientamenti bibliografici e postille

§ 1. La storia della Legazia Apostolica di Sicilia è stata studiata approfonditamente negli ultimi decenni. I miei richiami bibliografici, pertanto, si limiteranno alla citazione di alcuni studi principali e più recenti, attraverso i quali sarà possibile risalire alla letteratura anteriore.

Sono fondamentali gli studi di Gaetano Catalano, *Le ultime vicende della Legazia Apostolica di Sicilia. Dalla controversia liparitana alla legge delle Guarentigie (1711-1871)* (Collana di Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania 13), Catania, Presso la Facoltà Giuridica, 1950, poi rifluito in Id., *Studi sulla Legazia Apostolica di Sicilia* (Historica 4), Reggio Calabria, Parallelo 38, 1973; Id., *Controversie giurisdizionali tra Chiesa e Stato nell'età di Gregorio XIII e Filippo II*, Palermo, Accademia di Scienze Lettere e Arti, 1955; Id., *La «Regia Monarchia» di Sicilia*, in *Archivio Storico Siciliano*, 17, 1968, pp. 1-20, ora in Id., *Scritti minori*. I. *Scritti storici*, a cura di Mario Tedeschi, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, pp. 395-414; Id., *Osservazioni sulle origini della Legazia Apostolica in Sicilia*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1968.1, pp. 205-225, ora in Id., *Scritti minori*, cit., I, pp. 415-438; Id., *Il cardinale Cesare Baronio e la «Regia Monarchia Sicula»*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, I.1., Milano, Giuffrè, 1962, pp. 167-183, ora in Id., *Scritti minori*, cit., I, pp. 257-276.

---

présider à toute la police de leurs états; cependant il n'y a eu dans toute l'Europe catholique qu'un gentilhomme normand qui ait su se donner cette prérogative aux portes de Rome».

Le origini della Legazia nella storia dei rapporti tra Papato e Normanni sono state approfondite da Josef Deér, *Der Anspruch der Herrscher des 12. Jahrhunderts auf die apostolische Legation*, in *Archivum Historiae Pontificiae*, 2, 1964, pp. 117-186; Id., *Papsttum und Normannen. Untersuchungen zu ihren lehnsrechtlichen und kirchenpolitischen Beziehungen*, Köln – Wien, Böhlau, 1972.

Alla storia della Legazia ha dedicato vari studi Salvatore Fodale, «*Comes et legatus Siciliae*». *Sul privilegio di Urbano II e la pretesa Apostolica Legazia dei Normanni di Sicilia* (Università di Palermo, Istituto di Storia Medievale, Studi 2), Palermo, Manfredi, 1970; Id., *Stato e Chiesa dal privilegio di Urbano II a Giovan Luca Barberi*, in *Storia della Sicilia*, III, Napoli, Società Editrice Storia di Napoli e della Sicilia, 1980, pp. 575-600; Id., *L'Apostolica Legazia e altri studi su Stato e Chiesa*, Messina, Sicania, 1991; Id., *Stato e Chiesa in Sicilia. Tra Stato della Chiesa et Chiesa di Stato*, in *Genèse de l'État moderne en Méditerranée. Approches historique et anthropologique des pratiques et des représentations*. Actes des tables rondes internationales tenues à Paris, 24-26 septembre 1987 et 18-19 mars 1988 (Publications de l'École française de Rome 168), Rome, École Française de Rome, 1993, pp. 229-242.

Le vicende della Legazia nei suoi otto secoli di storia sono state tracciate nel volume collettaneo su *La Legazia Apostolica. Chiesa, potere e società in età medievale e moderna*, a cura di Salvatore Vacca, presentazione di Cataldo Naro, Caltanissetta-Roma, Sciascia Editore, 2000. Fra i contributi ivi raccolti ricordo quelli più direttamente legati ai temi trattati in queste pagine: Salvatore Fodale, *La Legazia Apostolica nella Storia della Sicilia* (pp. 11-22); Salvatore Vacca, *La Legazia Apostolica nel contesto della «societas christiana»* (pp. 23-67); Gaetano Zito, *La Legazia Apostolica nel Cinquecento: avvio delle controversie e delle polemiche* (pp. 115-166); Adolfo Longhitano, *Il tribunale della regia Monarchia: governo della Chiesa e controversie giurisdizionaliste nel Settecento* (pp. 167-200); Rino La Delfa, *Influssi francesi nella riflessione ecclesiologica siciliana al termine dell'età moderna* (pp. 201-226). Di Gaetano Zito si veda anche *Monarchia di Sicilia e istituzione dell'Archivio Vaticano. L'opera di Michele Lonigo (1609)*, in «*Panta rei*». *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, a cura di Orazio Condorelli, V, Roma, In Cigno Galileo Galilei, 2004, pp. 497-509. Cfr. anche Nicoletta Bazzano, *La Legazia Apostolica di Sicilia: nuove prospettive di ricerca*, in *Gli archivi della Santa Sede e il mondo asburgico nella prima età moderna*, a cura di Matteo Sanfilippo - Alessandro Koller - Giovanni Pizzorusso, Viterbo, Sette Città, 2004, pp. 59-72; Ead., *Monarchia sicula*, in *Dizionario storico dell'inquisizione*, a cura di Adriano Prosperi, con la collaborazione di Vincenzo Lavenia - John Tedeschi, Pisa, Edizioni della Normale, 2010, p. 1065.

Lo studio più recente – nel quale sono approfondite, con l'ausilio di amplissima documentazione in buona parte inedita, specialmente le vicende del secolo XVI e del primo Seicento – si deve a Maria Teresa Napoli, *La Regia Monarchia di Sicilia. «Ponere falcem in messem alienam»* (Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Roma «La Sapienza», 57), Napoli, Jovene, 2012; La stessa Autrice è tornata sul tema in *Censura e giurisdizione. Il «Tractatus de nonnullis Regiae Monarchiae ultra Pharum preheminentiis» di Baldassarre Abruzzo (1601-1665)* (Storia del diritto e delle istituzioni, Fonti 2), Roma, Aracne, 2012.

Questi due recenti studi apportano un significativo avanzamento delle nostre conoscenze sull'istituzione della Regia Monarchia.

In generale, sulle istituzioni ecclesiastiche nel Regno di Sicilia, dalle origini fino al secolo XIX, è necessario ricorrere a Francesco Scaduto, *Stato e Chiesa nelle Due Sicilie dai Normanni ai nostri giorni (sec. XI-XIX)*, Palermo, Amenta, 1887; ristampa, con Introduzione di Arturo Carlo Jemolo, Palermo, Edizioni della Regione Siciliana, 1967; un prospetto di sintesi si legge in Mario Tedeschi, *Strutture ecclesiastiche e vita religiosa*, in *Storia della Sicilia*, VII,, Napoli, Società Editrice Storia di Napoli e della Sicilia, 1978, pp 55-71, ora anche in Id., *Saggi di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 1987, pp. 309-333.

Un cenno merita la bolla *Quia propter prudentiam tuam* di Urbano II, che sta alla radice del *ius legationis* dei sovrani siciliani [Philippus Jaffé, *Regesta Pontificum romanorum*, editionem secundam curaverunt Ferdinand Kaltenbrunner (JK: an. ?-590), Paul Ewald (JE: 590-882), Samuel Loewenfeld (JL: 882-1198), Leipzig, Veit, 1885; rist. anast. Graz, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1956, JL 5706]. Nella letteratura precedentemente citata (Catalano, Deér, Fodale etc.) sono discusse le questioni della autenticità (non più messa in dubbio) e della datazione (1098) della bolla, della sua tradizione testuale indiretta, dei suoi contenuti. Come si è detto nel testo, la bolla urbaniana era inidonea a fondare il complesso di prerogative racchiuse nell'istituto della Regia Monarchia come consolidatosi nel secolo XVI. Essa era concepita come un privilegio personale, attribuito al Conte Ruggero e al suo figlio Simone o ad altro legittimo successore. Urbano si impegnava a non nominare legati nelle terre sotto la giurisdizione del Conte senza la *voluntas* o il *consilium* del Conte stesso; attribuiva a Ruggero il diritto di agire quale legato in seguito a uno speciale incarico dato dal papa (non in linea generale, dunque), e il diritto di stabilire quali vescovi o abati potessero assentarsi dalla contea per partecipare a un concilio convocato dal papa. L'edizione critica della bolla è stata data da Erich Caspar, *Die Legatengewalt der normannisch-sicilischen Herrscher im 12. Jahrhundert,* in *Quellen und Forschungen aus Italienischen Archiven und Bibliotheken*, 7, 1904, pp. 189-218 (218 s.).

§ 2. Su Antonio Scibecca († 1584) e il *Tractatus de Regia Monarchia*, ancora inedito, v. Napoli, *La Regia Monarchia*, cit., pp. 340-393: Ead., *Censura e giurisdizione*, cit., pp. 28-36.

Su Diego de Covarrubias (1512-1577) rinvio al mio contributo su *Norma giuridica e norma morale, giustizia e salus animarum secondo Diego de Covarrubias. Riflessioni a margine della Relectio super regula «Peccatum»*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 19, 2008, pp. 163-202, con la letteratura ivi citata. Le sue posizioni sul tema oggetto di questa pagine sono studiate da Pier Giovanni Caron, *L'appello per abuso*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 309-315; Napoli, *La Regia Monarchia*, cit., in particolare pp. 468-470.

§ 3. Su Balsassarre Abruzzo (1601-1665) e il *Tractatus de nonnullis Regiae Monarchiae ultra Pharum preheminentiis* v. il citato volume di Napoli, *Censura e giurisdizione*, che contiene anche l'edizione integrale del trattato, finora inedito.

Sulla bolla *In coena Domini* v. F. Claeys Bouuaert, *Bulle in Coena Domini*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, II, Paris, Letouzey et Ané, 1937, col. 1132-1136; Catalano, *Controversie giurisdizionali*, cit., pp. 27-34; Caron, *L'appello per abuso*, cit., pp. 190-197; Alberto de la Hera, *La bula «In Coena Domini». El derecho penal canónico en España y las Indias*, in *Dogmatismo e intolerancia*, coord. por Enrique Martínez Ruiz - Magdalena de Pazzis Pi Corrales, Madrid, Editorial Actas 1997, pp. 71-88, studio che l'Autore ha successivamente riproposto con titolo parzialmente diverso: *La bula «In coena domini»*, in *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, I, Diputació de Castelló, Castelló 1999, pp. 431-442; Massimo Carlo Giannini, *Tra politica, fiscalità e religione: Filippo II di Spagna e la pubblicazione della Bolla «In Coena Domini»*, in *Annali dell'Istituto Storico Italo Germanico in Trento*, 23, 1997, pp. 83-157; Francesco Aimerito, *Aspetti del sistema di imposizione fiscale all'epoca della bolla «In coena Domini»: il caso degli Stati sabaudi*, in *Le carte del diritto e della fede*. Atti del convegno di studi, Alessandria, 16-17 giugno 2006, a cura di Elisa Mongiano e Gian Maria Panizza, Alessandria, Società di Storia Arte e Archeologia-Accademia degli Immobili, 2008, pp. 75-92.

Sul problema della connessione tra obbligatorieta della legge e recezione popolare rimane fondamentale lo studio di Luigi De Luca, *L'accettazione popolare della legge canonica nel pensiero di Graziano e i suoi interpreti*, in *Studia Gratiana*, 3, 1955, pp. 193-276, ora in Id., *Scritti vari di diritto ecclesiastico e canonico*, II (Università degli Studi di Roma «La Sapienza», Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza, serie III, 79), Padova, Cedam, 1997, pp. 271-356. Del tema mi sono occupato in *Ragione, autorità, consenso: costanti e varianti nella dottrina canonistica della norma giuridica (spigolature storiche)*, in *Processi di formazione del consenso*. Atti del Convegno di Studio organizzato dallo Studio Teologico San Paolo di Catania e dal Dipartimento Seminario Giuridico dell'Università degli Studi di Catania, Catania, 18-19 aprile 2013, a cura di Nunzio Capizzi e Orazio Condorelli (Quaderni di Synaxis 31), Troina, Grafiser, 2013, pp. 101-133, nonché in *Glossae. European Journal of Legal History*, 10, 2013,pp. 160-185.

Su Juan de Valero (1550-1625) cenni in Wim Decock, *Jesuit Freedom of Contract*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 77, 2009, pp. 423-458 (432-435, 437).

§ 4. Su Antonino Diana (1585-1663) v. Paolo Portone, *Diana Antonino*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 39, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1991, pp. 645-647; Santo Burgio, *Teologia barocca. Il probabilismo in Sicilia nell'epoca di Filippo IV* (Biblioteca della Società di Storia Patria, Monografie storiche), Catania, Società di Storia Patria per la Sicilia Orientale, 1998, in particolare pp. 7-102; Id., *Antonino Diana ideologo «romano». La simbologia mistica e politica del «Tractatus de adoratione»*, in *Roma Moderna e Contemporanea*, 18, 2010, pp. 213-230; Paolo Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 366; Napoli, *La Regia Monarchia di Sicilia*, cit., p. 508; Ead., *Censura e giurisdizione*, cit., pp. 55 s. Una vivace rappresentazione del ruolo avuto da Diana quale aggregatore delle forze antiregaliste è data da Rosario Gregorio (1753-1809), *Considerazioni sopra la storia di Sicilia dai tempi normanni sino ai presenti*, libro VII, cap. VII, n. 230, in *Opere scelte del can. Rosario Grego-*

RIO, Palermo, Tip. di Pietro Pensante, 1853, pp. 586-588. Nella rapresentazione di Gregorio vi sono certo delle forzature, che da un lato rispecchiano le intepretazioni degli antagonisti di Diana, dall'altro esprimono la personalità di uno storico ancora immerso in un contesto di relazioni politico-ecclesiastiche nel quale i conflitti di cui riferisce non si erano ancora sopiti. Nondimeno, le sue pagine sono di vivo interesse perché colgono in pieno il senso di novità introdotto dall'approccio teologico-morale alle questioni giuridiche e politiche, del quale Antonino Diana era stato protagonista non solo in Sicilia. Vale la pena riportare qualche stralcio delle pagine di Gregorio. La pubblicazione della bolla *In Coena Domini*, sebbene vietata dal governo di Sicilia, era di fatto avvenuta attraverso vescovi e parroci: «imponendola a' fedeli come regola certa e suprema di morale e di dritto, aggiungendovi insieme la gravissima autorità de' decreti tridentini, venivasi quindi a stabilire e ad accreditare una pubblica istruzione di opinioni religiose contrarie ai dritti e alle intenzioni del governo. Egli era naturale che gli ecclesiastici ne' libri, nelle scuole, nel regolare le coscienze non adottassero altre massime: e si aggiunse allora, a fortificarle e dilatarle, una scuola teologica di dottrine morali formata in quel tempo in Palermo e sparsasi per tutta la Sicilia, fondata dal P. Diana… uomo di severo costume, di studio indefesso, e d'ingegno adatto e pronto a specificare e suddividere per tutti i casi possibili le umane azioni, e a qualificarne la moralità in ordine e a norma delle leggi, ch'egli di ordinario ripetea dalle decretali, dalle bolle e specialmente da quella *In coena Domini*. Ebbe questa scuola principalmente disegno di stabilire al senso di essa bolla un sistema di dottrine, per cui lo stato ecclesiastico era assolutamente separato e tratto fuori dallo stato civile, come un corpo e una società distinta in tutto e indipendente; così che tutti gli ecclesiastici e i laici stessi, che agli ecclesiastici appartenevano, non dovevano riconoscere la suprema autorità della potenza civile. Di più questa scuola si diresse apertamente a sottoporre alla estimazione morale ed alla imputabilità teologica, fondate sul diritto novello, i più grandi oggetti della costituzione politica siciliana, trattando della potestà legislativa de' sovrani di Sicilia, delle facoltà de' nostri parlamenti, de' nostri donativi e delle imposizioni pubbliche, e ne trattava non già come di cose di cui doveva giudicarsi a norma delle leggi politiche, ma come di *casi morali e di coscienza*, soggetti alle decisioni delle bolle e delle decretali. Fu quindi composto ed insegnato un corpo di teologia, diretto apertamente ad attaccare alla scoverta le leggi e gli statuti del dritto siciliano… Queste dottrine imposte ed autorizzate dal terrore delle scomuniche e censure, erano insieme accreditate dal pregio e dalla stima in cui i grandi magistrati e gli stessi vicerè teneano il Padre Diana, il cui consiglio e parere nelle più gravi occorrenze adoperavano; ed egli, il Diana e i suoi seguaci, pieni di fidanza e sicuri, affrontavano i giureconsulti siciliani più famosi di quel tempo».

Sulla posizione degli ordini religiosi (in particolare domenicani e gesuiti all'epoca del Concilio di Trento) v. NAPOLI, *La Regia Monarchia di Sicilia*, pp. 190 s., 217-222.

Sulla materia della *retentio bullarum* e dell'*exequatur* Antonino Diana fu coinvolto in una polemica con Francisco Salgado de Somoza. Gli strali dei giurista spagnolo si appuntano, in particolare, su quanto Diana, tornando sul tema, aveva scritto nelle *Resolutiones morales*, *Pars* V, *de immunitate ecclesiastica*, *resolutio* XII, *An sit contra immunitatem ecclesiasticam recognoscere et detinere bullas pontificias*

in regiis cancellariis? (R.P.D. Antonini Diana Panormitani clerici regularis, et Sancti Officii Regni Siciliae Consultoris, *Resolutionum Moralium pars quinta*, Venetiis, apud Franciscum Baba, 1640, pP. 14b-15b). Si veda il *Tractatus de supplicatione ad Sanctissimum a litteris et bullis apostol. nequam, et importune impetratis in perniciem Reipublicae, Regni, aut Regis, aut iuris tertii praeiudicium. Et de earum retentione interim in Senatu…* authore D. Don Francisco Salgado de Somoza iuris utriusque professore, Senatore quondam electo Regii Senatus Canariensis, et similiter postmodum Vicario Generali Archiepiscopatu Toletani pro serenissimo Infante Cardinali. Nunc vero a Philippo IIII. Hispaniarum Rege Augusto semper invicto, Iudice Regiae Monarchiae Regni Siciliae laudabiliter creato, Matriti, Apud Mariam de Quiñones, 1639, *Pars* I, *caput* II, *Retentio bullarum ex vera violentiae causa, an in Bulla Coenae Domini expresse prohibeatur, vel expresse, aut virtualiter, (supplicatione premissa) permittatur*, in particolare n. 40, fol. 25vb: «Hinc non est audiendus modernus Diana resolution. moral. in tractatu de immunitat. ecclesiastica, resolut. 12 per totum, qui (immemor tantorum piorum doctorum utriusque iuris, et theologice professionis, hanc retentions praxim, et universalem consuetudinem omnium fere Christiane religionis Regnorum comprobantium) noviter adversus eandem resolvit nullo probabili fundamento nixus, utilissimasque utrique Reipublice perpendens, nec gravitatem negotii considerans facile labitur, et in suam opinionem temere involbitur [*sic*] in damnum miserabilium oppressorum (qui alio remedio humano sunt destituti) necnon Reipublice, non tantum temporalis, verum ipsius Ecclesiastice et spiritualis…». La menzione del teologo palermitano e delle peculiarità della situazione siciliana offre a Salgado l'occasione di aprire una digressione sulla Regia Monarchia di Sicilia (aperta perché «dulce impulsu Monarchie duct*us*», fol. 26vb), della quale ricorda di essere stato nominato giudice nel 1636, anche se in effetti non prese mai possesso dell'ufficio per essere stato nominato uditore della Audiencia di Valladolid. Della Regia Monarchia espone i fondamenti storici (la concessione di Urbano II al conte Ruggero) e le competenze essenziali (fol. 26ra-vb, n. 32-49). In virtù della concessione il re di Sicilia «cognoscit de omnibus causis ecclesiasticis et spiritualibus tangentibus ad forum ecclesiasticum, atque de causis exemptorum, tanquam legatus a latere Sedis Apostolice, cuius in hac parte iurisdictionem exercet ex dicto privilegio, et tam per viam appellationis ab omnibus ordinariis, et iudicibus exemptorum ante diffinitivam emissae; verum etiam in prima instantia per viam simplicis gravaminis, seu recursus absque appellatione, imo gravaminis aditu mediante solet impune Iudex Illustrissimus Monarchiae retinere totam causam in suo tribunali, iuxta praxim retro vetustissimam et immemorialem, continuatam etiam post Concilium Tridentinun, sess. 24 de reformatione, capit. 20, preservans alias primam ordinariorum instantiam, ita ut in illo Tribunali Monarchie, et Regno Sicilie, hec constitutio conciliaris non fuit recepta…». Secondo l'interpretazione di Salgado, infatti, il Concilio tridentino non intendeva derogare alle prerogative del Re di Sicilia, in quanto fondate sul privilegio. Al trattato di Salgado Diana rispose con la *Apologetica Disceptatio adversus Franciscum Salgadum, de illicita Bullarum Apostolicarum per regios Magistratos examinatione* (rimasta inedita e conservata nei fondi della Biblioteca Apostolica Vaticana, Barb. lat. 1329): sull'argomento v. Burgio, *Teologia barocca*, cit., pp. 54-69.

Fra coloro che avevano scritto sulla Regia Monarchia Salgado ricorda il proprio maestro Juan de Solórzano y Pereira: il suo *De Indiarum iure* contiene, infatti,una digressione sulla Monarchia di Sicilia inserita nel contesto di discussione riguardante il problema della eventuale soggezione feudale dei domini del Nuovo Mondo al Papa. Solórzano ricorda, fra l'altro, che il tomo XI degli *Annales* di Baronio era stato bandito dai domini della Corona di Spagna, con cedola spedita anche nel Regno del Perù, alla cui esecuzione lo stesso Solórzano era stato deputato. Utile precisare che, a fronte delle tesi di Baronio, Solórzano sottolinea che «plures docti vires peculiares apologias scripserunt»: D.D. IOANNIS DE SOLORZANO PEREIRA… *De Indiarum iure. Sive de iusta Indiarum Occidentalium inquisitione, acquisitione, et retentione*, Tomus primus, Lugduni, Sumptibus Laurentii Anisson, 1627, *Liber* III, *caput* I, *de iustitia retentionis Novi Orbis, et an verum sit, quod Bodinus tradit catholicos scilicet Hispanie reges ob illius concessione, effectos fuisse Sancte Romane Sedis vassallos, et feudatarios? et obiter nonnulla de feudis Ecclesie*, n. 71-78, pp. 374a-375a. Può essere interessante notare che l'autorità di Solórzano è allegata, sia pure indirettamente, da BALDASSARRE ABRUZZO nel «*Tractatus de nonnullis Regiae Monarchiae ultra Pharum preheminentiis*», *Singulare primum, an Tribunal regie Monarchie Sicilie regni sit legatus natus Pape cum potestate de latere* (ed. cit., p. 91).

Su Mario Cutelli (1589-1654) e lo scritto *De prisca et recenti immunitate Ecclesiae ac ecclesiasticorum libertate* (citato alle note 36 e ss.) v. VITTORIO SCIUTI RUSSI, *Cutelli Mario*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 31, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1985, pp. 529-533; ID., *Mario Cutelli. Una utopia di governo*, Catania, Bonanno, 1994, p. 43; BURGIO, *Teologia barocca*, cit., pp. 68 s.

In generale, sulle relazioni tra Stato e Chiesa nel pensiero degli scrittori politici italiani nei secoli XVII e XVIII v. ARTURO CARLO JEMOLO, *Stato e Chiesa negli scrittori politici italiani del '600 e del '700*, risalente al 1914, che ora si legge nella II edizione a cura di FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, Napoli, Morano, 1972; il CURATORE ha corredato il volume di una corposa *Nota alla seconda edizione*, pp. 331-420.

§ 5. Su Giovan Battista Caruso (1673-1724), le sue relazioni con la cultura francese del suo tempo (Jean Mabillon), il suo orientamento gallicano-giansenista, i rapporti tra il *Discorso istorico-apologetico* e la *Défense* di Du Pin, v. MARIO CONDORELLI, *Note su Stato e Chiesa nel pensiero degli scrittori giansenisti siciliani del sec. XVIII*, in *Il diritto ecclesiastico*, 68, 1957, pp 305-385, ora in ID., *Scritti di storia e di diritto* (Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza 147), Milano, Giuffrè, 1996, pp. 1-83 (14-17, 19-26, 29-34); ID., *Giovan Battista Caruso e la cultura del suo tempo*, in *Archivio storico per la Sicilia Orientale*, 70, 1974, pp. 343-356, ora in ID., *Scritti*, cit., pp. 337-356; ID., *Caruso Giovan Battista*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 21, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1978, pp. 10-15; GIUSEPPE GIARRIZZO, *Illuminismo*, in *Storia della Sicilia*, IV, Palermo, Società Editrice Storia di Napoli e della Sicilia, 1980, pp. 711-815 (718-724).

Su Louis-Ellies Du Pin (1657-1719) v. JACQUES M. GRÈS-GAYER, *Un théologien gallican, témoin de son temps: Louis-Ellies Du Pin (1657-1719)*, in *Revue d'Histoire de l'Église de France*, 72, 1986, pp. 67-121; ID., *Le Gallicanism de Louis-Ellis Du Pin (1657-1719)*, in *Lias*, 18, 1991, pp. 37-82; CARLO FANTAPPIÈ, *Le dottrine teologiche*

e canonistiche sulla costituzione e sulla riforma della Chiesa nel Settecento, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 102, 2001, 795-834. Du Pin fu consulente di Vittorio Amedeo II durante la «controversia liparitana»: *Il Regno di Vittorio Amedeo II di Savoia nell'Isola di Sicilia dall'anno MDCCXIII al MDCCXIX. Documenti raccolti e stampati per ordine della Maestà del Re d'Italia Vittorio Emanuele II*, vol. II, a cura di Vittorio Emanuele Stellardi, Torino, Dalla Tipografia degli Eredi Botta, 1863, pp. 359-381 (consulenza di Du Pin a Vittorio Amedeo II, 1716, relativamente a un progetto di conciliazione con la Santa Sede). Le dottrine gallicane sui rapporti fra Stato e Chiesa si collegano con le concezioni ecclesiologiche sulle quali si può rinviare al recente studio di Jean-Louis Gazzaniga, *L'ecclésiologie des juristes gallicans (XVII-XVIII^e siècles)*, in *Les clercs et les princes. Doctrines et pratiques de l'autorité ecclésiastique à l'époque moderne*. Études réunies par Patrick Arabeyre et Brigitte Basdevant-Gaudemet (Éudes et Rencontres de l'École de Chartes 41), Paris, École Nationale de Chartes, 2013, pp. 373- 388, con la letteratura ivi citata; e a Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Histoire du droit canonique et des institutions de l'Église latine. XV^e-XX^e siècle*, Paris, Economica, 2014, pp. 493-523, con la letteratura ivi citata. Sul tema del controllo regio sulla legislazione ecclesiastica è specifico il saggio di Jean Gaudemet, *A propos du contrôle de la legislation ecclésiastique par le pouvoir séculier dans l'ancien régime*, in *Justice et justiciables. Mélanges Henri Vidal* (Recueil de Mémoires et Travaux publié par la Societé d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Écrit 16), Montpellier, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion, 1994, pp. 201-211.

Il pensiero di Marco Antonio de Dominis sulla Legazia Apostolica è stato ricordato da Carmelo Caristia, *Pietro Giannone «giureconsulto» e «politico». Contributo alla storia del giurisdizionalismo italiano* (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dellUniversità di Catania 10), Milano, Giuffrè, 1947, pp. 100, 111-114. Caristia ritiene che Pietro Giannone abbia tratto ispirazione da de Dominis, sebbene non lo menzioni direttamente, nel *Trattato de' veri e legittimi titoli delle regali preminenze che i Re di Sicilia hanno sempre conservato ed esercitato per mezzo del tribunale della Monarchia*. L'opera, composta nel 1727, è edita in Pietro Giannone, *Il Tribunale della Monarchia di Sicilia*. Opera postuma pubblicata con prefazione dal Professore Augusto Pierantoni, Roma, Loescher, 1892. La tesi fondamentale dello scritto giannoniano è che, quanto ai poteri *circa sacra*, Ruggero «li esercitò *proprio iure*, siccome l'esercitavano tutti gli altri Principi che seppero far valere nei loro Stati la ragione dell'Imperio, ancor che non avessero Legazione alcuna» (ed. cit., p. 42).

*L'*establishment *elisabettiano e l'ordinamento ecclesiastico*[1]

John Guy

«Dove c'è quiete, non c'è la verità»: questa era stata la replica di Hugh Latimer all'appello del cardinale Pole per la pace religiosa durante il regno di Maria Tudor. Qualsiasi cosa si supponga sia stata la religione protestante, le dispute e le controversie furono la sua linfa vitale. A prima vista potrebbe sembrare che gli anni Novanta del sedicesimo secolo siano stati un periodo relativamente pacifico nel campo della religione, quantomeno se paragonati agli anni Cinquanta, Settanta e Ottanta. L'appartenenza all'*élite* politica era di fatto limitata ai protestanti, dal momento che i cattolici dichiarati erano esclusi dal Parlamento e dalle *commissions of the peace*[2]. L'erosione del cattolicesimo parrocchiale era virtualmente completa. Il *Prayer Book* del 1559 aveva ottenuto il consenso generale, e le missioni dei seminaristi cattolici e dei Gesuiti erano state in gran parte annientate. All'estremo opposto, il movimento organizzato dei puritani aveva preso l'abbrivo[3].

---

[1] Traduzione di Rocco Giurato di *The Elizabethan Establishment and the Ecclesiastical Polity*, in John Alexander Guy (ed.), *The Reign of Elizabeth I. Court and Culture in the Last Decade*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, pp. 126-49; ripubblicato senza modifiche nella raccolta di saggi dello stesso A., *Politics, Law and Counsel in Tudor and Early Stuart England*, Ashgate Variorum, Ashgate 2000, pp. 126-49.

[2] [Organi giudiziari istituiti dalla Corona e formati da più giudici di pace. *N.d.T.*].

[3] Sul punto cfr. i seguenti lavori: Patrick Collinson, *The Elizabethan Puritan Movement*, Jonathan Cape, London 1967; Id., *Archbishop Grindal, 1519-1583: The Struggle for a Reformed Church*, Cape, London 1980; Id., *Godly People: Essays on English Protestantism and Puritanism*, Hambledon Press, London 1983; Id., *The Religion of Protestants: The Church in English Society, 1559-1625*, Clarendon Press, Oxford 1982; Peter G. Lake, *Calvinism and the English Church, 1570-1635*, «Past and Present», n. 114, 1987, pp. 32-76; Id., *Moderate Puritans and the Elizabethan Church*, Cambridge University Press, Cambridge 1982; Christopher Haigh, *English Reformations*, Clarendon Press, Oxford 1993; Id., *From Monopoly to Minority; Catholicism in Early Modern England*, «Transactions of the Royal Historical Society», V serie, n. 31, 1981, pp. 129-47; Id., *Puritan Evangelism in the Reign of Elizabeth I*, «English Historical Review», n. 92, 1977, pp. 30-58; Id., *Reformation and Resistance in Tudor Lancashire*, Cambridge University Press, Cambridge 1975; Id. (ed.), *The English*

Le apparenze tuttavia ingannano. I vescovi elisabettiani della prima generazione morti negli anni Ottanta furono sostituiti da un genere diverso di prelati: conformisti autoritari più rigidi dei loro predecessori, guidati da John Whitgift, che nel 1583 fu elevato dalla regina al rango di arcivescovo di Canterbury. Mentre le carriere dei vescovi della prima generazione erano state modellate nello stesso stampo dei puritani moderati, quelle della seconda generazione ebbero origine dagli attacchi polemici fondati sulle Sacre Scritture contro il presbiterianesimo e contro il governo ecclesiastico esterno, che la *Admonition Controversy* aveva scatenato negli anni Settanta. Dal 1589 in poi, di conseguenza, le tesi del diritto divino della monarchia e dell'episcopato furono proclamate in misura crescente dai pulpiti e sulla carta stampata[4].

Per valutare il significato di questa svolta, dovremmo brevemente ripercorrerne le origini. Whitgift provò inizialmente a suscitare la discussione sul 'diritto divino' mentre era *Master* del Trinity College di Cambridge. Il suo obiettivo era di difendere la funzione del monarca come governatore supremo della Chiesa d'Inghilterra in risposta alla posizione espressa dal leader presbiteriano Thomas Cartwright, secondo il quale le istituzioni della Chiesa e dello Stato avrebbero dovuto essere separate e il governo della Chiesa avrebbe dovuto essere puramente spirituale. Dal momento che l'idea di ordinamento ecclesiastico di Cartwright era quella presbiteriana, essa era teoricamente 'populista'. Egli riteneva che la 'costituzione mista' aristotelica o polibiana fosse la forma di governo ideale della Chiesa e dello Stato, dal momento che si conciliava con la ragione e con la forma di governo scelta da Dio per la sua Chiesa e rivelata nel Nuovo Testamento. Come asserì Cartwright,

> la Chiesa è retta da quella forma di governo che i filosofi che scrivono dei migliori Stati [*commonwealths*] affermano essere la migliore. Sicché, rispetto

Reformation Revised, Cambridge University Press, Cambridge 1987; Id. (ed.), *The Reign of Elizabeth I*, Macmillan, Basingstoke 1984; John Guy, *Tudor England*, Oxford University Press, Oxford 1988, pp. 290-308, 369-407; John Ernest Neale, *Elizabeth I and Her Parliaments*, 2 voll., Cape, London 1969 (1ª ediz. 1953-1957); Id., *Essays in Elizabethan History*, Jonathan Cape, London 1958; Id., *The Elizabethan House of Commons*, ed. riv., Penguin Books in association with Jonathan Cape, London 1963 (1ª ediz. Cape, 1949); Wallace T. MacCaffrey, *The Shaping of the Elizabethan Regime: Elizabethan Politics, 1558-72*, Cape, London 1969 (ediz. orig. Princeton University Press, Princeton, NJ, 1968); Id., *Queen Elizabeth and the Making of Policy, 1572-1588*, Princeton University Press, Princeton, NJ-Guildford 1981; Id., *Elizabeth I: War and Politics, 1558-1603*, Princeton University Press, Princeton, NJ-Oxford 1992.

[4] Cfr. Winthrop S. Hudson, *The Cambridge Connection and the Elizabethan Settlement of 1559*, Duke University Press, Durham (NC) 1980; Peter G. Lake, *Anglicans and Puritans? Presbyterian and English Conformist Thought from Whitgift to Hooker*, Allen and Unwin, London 1988.

> al fatto che Cristo ne è il capo, essa è una monarchia; rispetto agli anziani e ai pastori che governano insieme e con pari autorità tra di loro, essa è un'aristocrazia, ovvero il governo dei migliori; rispetto al fatto che il popolo non ne è separato, ma è interessato alle questioni ecclesiastiche, essa è una democrazia, ovvero uno Stato popolare. Un'immagine di ciò appare anche nell'organizzazione di questo regno; per cui, con riguardo a sua maestà la regina, esso è una monarchia, rispetto all'onorevole Consiglio, è un'aristocrazia, e in relazione al Parlamento, che è formato da tutti gli ordini, è una democrazia[5].

Di rimando, Whitgift respinse la visione di Cartwright della 'costituzione mista'. «Io so», disse, «che queste tre forme di governo possono essere mescolate insieme in vari modi; tuttavia la forma di governo è definita in base a quella che prevale sulle altre, e che detiene il maggior potere». In Inghilterra sia la Chiesa sia lo Stato erano sottoposti al governo del principe. Nel Parlamento, «benché siano rappresentati tutti i ceti, poiché il giudizio, la conferma e la decisione sono rimesse al principe, lo Stato non è né un'"aristocrazia" né una "democrazia", ma una "monarchia"». Whitgift concluse enfaticamente: «Il governo di questo regno è una vera e propria monarchia». L'autorità di Elisabetta derivava direttamente da Dio sia nella Chiesa sia nello Stato. Il presbiterianesimo era quindi fondamentalmente incompatibile con uno Stato monarchico[6].

Negli anni Novanta si assistette a una svolta in senso conservatore, e la spiegazione è semplice. Quando Cartwright propose il suo ideale di 'costituzione mista', toccò un nervo che l'*establishment* politico non poteva ignorare. Inizialmente, il regime elisabettiano fu in tutte le intenzioni e propositi una 'costituzione mista', ma il legame con la 'popolarità' religiosa rese delitto di lesa maestà sia dichiararlo per iscritto sia asserire che c'erano cose che la regina non poteva fare senza il Parlamento. Un esito imprevisto dell'esperienza puritana fu l'importantissima scoperta che insistere *per* una forma di governo ecclesiastico significava negare la legittimità di una forma corrispondente di governo civile.

Nella politica elisabettiana nulla è chiaro e semplice. È singolare il fatto che Whitgift si fosse scontrato con Cartwright prima che la *Admonition Controversy* irrompesse sulla scena. Cartwright, *fellow* del Trinity College, succedé a Whitgift come *Lady Margaret Professor of Divinity* quando

---

[5] John Ayre (ed.), *The Works of John Whitgift*, 3 voll., Parker Society, s.l. 1851-1853, vol. I, p. 390; vol. III, pp. 196-7; Lake, *Anglicans and Puritans?*, cit., pp. 55-6.

[6] Ayre (ed.), *Works of John Whitgift*, cit., vol. I, pp. 393, 467; vol. III. pp. 196-7; Lake, *Anglicans and Puritans?*, cit., pp. 62-4.

quest'ultimo fu promosso *Regius Professor of Divinity*. Si diceva che lo stile della predicazione e della prosa di Cartwright fosse migliore di quello del suo predecessore. Senz'alcun dubbio ciò causava un persistente risentimento, e Cartwright passò la misura mettendo alla prova l'autorità di Whitgift in seguito alla nomina di quest'ultimo a direttore del Trinity College. In precedenza c'era stata una contesa sull'uso della cotta nella cappella del *college*. In concreto, Cartwright e Whitgift si scontrarono sulla funzione dei vescovi nella Chiesa e sulla natura della disciplina ecclesiastica. Qualsiasi cosa si possa dire in favore di Whitgift, non si può certo dire che fosse tollerante verso l'insubordinazione[7]. Al fine di annientare il suo avversario, Whitgift orchestrò una revisione delle leggi sull'università per incrementare i poteri dei capi dei diversi collegi. Sei settimane dopo l'apposizione del Gran sigillo sulle nuove leggi (settembre 1570), Whitgift fu nominato vice cancelliere. Un mese più tardi avrebbe invocato le nuove leggi per privare Cartwright della sua cattedra. Nel giro di un altro anno avrebbe tolto a Cartwright anche la *fellowship*[8].

Le dispute che ebbero luogo tra il 1567 e il 1571, anticiparono in un microcosmo ciò che si sarebbe poi verificato sullo scenario nazionale. Durante le fasi avanzate della *Admonition Controversy*, la tesi che l'autorità della regina derivava direttamente da Dio fu sostenuta sempre di più dai conformisti. Ciò spianò la strada alla tesi principale dell'*establishment* tardo-elisabettiano: che il puritanesimo, e in particolare il presbiterianesimo, era sovversivo, fazioso e sedizioso. Come affermava la litania propagandistica, il puritanesimo aveva un impulso genetico verso l'anabattismo. Ciò avrebbe dato una spinta verso la rivoluzione sociale e religiosa. Il puritanesimo inoltre avrebbe fatto aumentare le tasse. Non avrebbe riconosciuto ai possidenti le decime secolarizzate. Il mantenimento di un clero puritano avrebbe richiesto la riconfisca degli ex terreni monastici. Nel 1589, durante la caccia a Martin Marprelate[9], venne accidentalmente alla luce la prova scritta di una

---

[7] Non senza motivo Whitgift sarebbe stato poi soprannominato ironicamente dai suoi avversari «il papa di Lambeth».

[8] Cfr. Charles Henry Cooper e Thompson Cooper (eds.), *Athenae Cantabrigienses*, 2 voll., Deighton, Bell, Cambridge 1858-1861, vol. II, pp. 360-6, 369-79; *Dictonary of National Biography*, voce «Whitgift, John». La perdita della *fellowship* accelerò la partenza di Cartwright per Ginevra.

[9] [Pseudonimo dell'autore di una serie di libelli satirici comparsi tra il 1588 e il 1589. Sulla figura e sulle opere di Marprelate, cfr. Leland Henry Carlson, *Martin Marprelate, Gentleman: Master Job Throkmorton Laid Open in His Colors*, Huntington Library, San Marino (Calif.) 1981; Elizabeth Appleton, *An Anatomy of the Marprelate Controversy, 1588-1596: Retracing Shakespeare's Identity and that of Martin Marprelate*, Edwin Mellen Press, Lewiston (NY) 2001; Joseph Black (ed.), *The Martin Marprelate Tracts: A Modernized and Annotated Edition*, Cambridge University Press, Cambridge 2008. *N.d.T.*].

rete di *classes*[10] presbiteriane, di conseguenza la retorica conformistica enfatizzò la «malignità», la «segretezza» e il carattere «cospiratorio» dei puritani. Negli anni Novanta si affermava pacificamente che il presbiterianesimo era un complotto per abbattere lo Stato. Non si poteva tracciare una distinzione tra questa minaccia e quella posta da seminaristi e Gesuiti[11].

All'interno del Consiglio privato, i primi sostenitori della crociata contro il movimento presbiteriano furono il Lord Cancelliere Hatton e Whitgift. Burghley dissentiva, ma dopo la morte di Leicester, Walsingham e Sir Walter Mildmay, divenne sempre più difficile mantenere la sua posizione[12]. Whitgift era stato ammesso nel Consiglio privato nel febbraio del 1586, contemporaneamente a Lord Buckhurst e a Lord Cobham. Nel contesto della spedizione di Leicester verso i Paesi Bassi, quelle promozioni furono una vittoria per Burghley. Whitgift invece si allontanò dal Lord Tesoriere e cercò insistentemente di ottenere l'amicizia di Buckhurst[13]. Egli fece pressioni per l'elezione di quest'ultimo come cancelliere a Oxford (il candidato rivale era il conte di Essex), e la nomina incontrò il favore della regina[14]. Buckhurst rimase legato ai Cecil, ma in fatto di religione assunse posizioni anti-puritane. Fu nominato giudice della *Court of High Commission* e divenne un personaggio centrale della politica degli anni Novanta[15].

Hatton lavorò a stretto contatto con Whitgift fino alla sua morte, avvenuta nel novembre 1591[16]. Il Gran sigillo rimase in commissione per sei mesi, dopodiché Sir John Puckering fu nominato Lord Guardasigilli e membro

---

10 [Organi ecclesiastici di governo forniti di giurisdizione sulle chiese locali. *N.d.T.*]

11 Questa tesi fu sviluppata in pieno dall'accusa nel processo ai *leaders* presbiteriani dinanzi alla Camera Stellata nel 1591: cfr. Collinson, *Elizabethan Puritan Movement*, cit., pp. 417-31. Cfr. anche ivi, pp. 313-5, e Lake, *Anglicans and Puritans?*, cit., pp. 101-3.

12 Vale la pena di sottolineare che Burghley non partecipò al vertice politico convocato nella Camera Stellata per discutere del processo ai *leaders* presbiteriani: cfr. Collinson, *Elizabethan Puritan Movement*, cit., p. 419; cfr. inoltre ivi, p. 411.

13 Si ammette per convenzione che Whitgift non era un politico, ma quest'affermazione dovrebbe essere messa in discussione. Nessuno dubiterebbe che lo stile dei suoi discorsi fosse pedagogico, graffiante e polemico. Ma l'arroganza non era il suo tallone d'Achille. Sapeva come guardarsi le spalle e coltivava costantemente le relazioni. Tramite Walsingham avvicinò anche Beale per sollecitare la sua «amicizia e compagnia»: cfr. Collinson, *Elizabethan Puritan Movement*, cit., p. 282.

14 Cfr. Collinson, *Elizabethan Puritan Movement*, cit., p. 428.

15 Cfr. Cooper (ed.), *Athenae Cantabrigienses*, cit., vol. II, pp. 484-92.

16 Il loro rapporto era così stretto che Robert Beale, segretario del Consiglio privato e critico sferzante dell'arcivescovo Whitgift, qualche anno dopo avrebbe notato che la campagna per le sottoscrizioni contro i ministri puritani era stata la linea di condotta di Hatton: cfr. British Library (d'ora in avanti BL), Lansdowne MS 73, art. 2, f. 7v. Sullo scontro tra Beale e Whitgift nel Parlamento del 1584, si veda Neale, *Elizabeth I and Her Parliaments*, cit., vol. II, pp. 65-8; Collinson, *Elizabethan Puritan Movement*, cit., pp. 281-6.

del Consiglio privato. Puckering aveva condannato John Udall al suo interrogatorio dinanzi alle assise del Surrey, pronunciando un «lungo discorso preparato» contro il puritanesimo, che somigliava molto al discorso parlamentare di Hatton del 1587 contro la proposta di legge e il libro di Cope[17]. Egli ebbe un ruolo cruciale nei processi degli anni Novanta, quando lavorò a stretto contatto con i *civil lawyers* della *High Commission* e i membri del circolo di Whitgift[18]. A Corte si sparse la voce che l'ufficio di Lord Guardasigilli fosse la ricompensa per aver vigilato nella Camera Stellata. Per contrasto, Burghley si oppose ai processi nella Camera Stellata e di conseguenza fu messo ai margini. Un episodio significativo accadde nel febbraio 1593, quando Puckering redarguì energicamente Burghley nel Consiglio privato perché proteggeva James Morice[19].

La transizione dalla prima alla seconda parte del regno di Elisabetta non fu soltanto generazionale. Si può ricostruire attraverso le carriere degli individui, specialmente quella di John Aylmer. Vicino al circolo radicale degli 'Ateniesi' negli anni Cinquanta, Aylmer fu il tutore di Lady Jane Grey e visse in esilio a Strasburgo e a Zurigo per tutto il regno di Maria. Nel 1559, sostenne in uno scritto che

> il governo dell'Inghilterra non è una mera monarchia, come alcuni pensano per superficialità, né una mera oligarchia, né una democrazia, bensì un regime composto da tutte queste forme […] la cui immagine, e non [solo] l'immagine ma la sostanza, è da vedere nel Parlamento, in cui si ritrovano questi tre elementi[20].

Dopo la *Second Admonition to the Parliament* di Cartwright, queste idee divennero politicamente scorrette. Aylmer le ripudiò di fatto dopo la nomina a vescovo di Londra nel 1577. Divenne un tenace difensore della *High Commission* e della prerogativa assoluta della regina. Sotto la sua direzione, la *High Commission* invocò sempre di più i suoi poteri metropolitani nelle

---

[17] Cfr. Collinson, *Elizabethan Puritan Movement*, cit., p. 407.

[18] Cfr. ivi, pp. 411, 418, 421, 427, 428.

[19] Cfr. Neale, *Elizabeth I and Her Parliaments*, cit., vol. II, p. 275.

[20] John Aylmer, *An Harborowe for Faithfull and Trewe Subiectes*, in William A. Jackson, Frederic S. Ferguson, Katharine F. Pantzer (eds.), *A Short-Title Catalogue of Books Printed in England, Scotland and Ireland, and of English Books Printed Abroad* (d'ora in avanti *STC*²), 3 voll., Bibliographical Society, London 1976-1991² (1ª ediz. a cura di Alfred W. Pollard e Gilbert R. Redgrave, 2 voll., 1969), vol. II, 1005, sig. H3; Patrick Collinson, *The Monarchical Republic of Queen Elizabeth*, «Bulletin of the John Rylands University Library», n. 69, vol. 2, 1987, p. 401; Cooper (ed.), *Athenae Cantabrigienses*, cit., vol. II, pp. 168-73.

cause ecclesiastiche[21]. Gl'individui sospettati di nonconformismo potevano aspettarsi di essere interrogati non dinanzi alla corte concistoriale del vescovo come avveniva in precedenza, bensì a Lambeth[22]. Quando Cartwright ritornò in Inghilterra dai Paesi Bassi nel 1585, fu Aylmer ad arrestarlo (e Burghley a rilasciarlo)[23]. Fu Aylmer ad alimentare una polemica al vetriolo con i *common lawyers* negli anni Novanta, privando Robert Cawdrey, un ministro di culto della contea del Rutland, del suo beneficio. Accanto a Whitgift e al vescovo di Lincoln Cooper, Aylmer divenne uno dei principali bersagli di calunnie.

È comprensibile che così tanti vescovi e conformisti appoggiarono l'assalto di Whitgift contro il presbiterianesimo. Ciò che sorprende è il cambiamento d'opinione tra i giudici di *common law*. Per indicare la direzione di questo mutamento è necessario riconsiderare il caso Cawdrey, accaduto nel 1591. È noto che a pochi mesi dalla nomina ad arcivescovo di Canterbury, Whitgift avviò una campagna contro i ministri puritani. Questa campagna fu rafforzata dai processi *ex officio mero* dinanzi alla *High Commission*, nei quali i giudici agivano di propria «mera iniziativa» ovvero in virtù del loro ufficio[24]. Modellati sulle procedure del diritto canonico romano, i processi *ex officio* erano inquisitori. Gl'imputati erano posti sotto giuramento e poi obbligati a rispondere alle domande che i giudici ecclesiastici ponevano loro. La legalità di queste procedure fu progressivamente messa in discussione da coloro i quali negavano il diritto dei vescovi di deporre i ministri di culto nonconformisti per motivi di coscienza. Volta per volta, fu contestata la legalità dei membri della corte ai quali Elisabetta delegava, per mezzo di lettere patenti, l'esercizio della sua prerogativa ecclesiastica.

Robert Cawdrey era un ministro di South Luffenham, che era stato sospeso da Aylmer nella *High Commission* per aver rifiutato il giuramento *ex officio*. Fu accusato di aver denigrato dal pulpito il *Book of Common Prayer*, definendolo «un libro vile e vergognoso»: un reato grave, se provato, se-

---

[21] Cfr. Collinson, *Elizabethan Puritan Movement*, cit., pp. 201-7; Geoffrey Rudolph Elton, *The Tudor Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge 1982² (1ª ediz. 1960), pp. 221-32; Joseph R. Tanner, *Tudor Constitutional Documents: A.D. 1485-1603, With an Historical Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge 1940, pp. 360-74.

[22] [Residenza londinese dell'arcivescovo di Canterbury. *N.d.T.*].

[23] Cfr. Collinson, *Elizabethan Puritan Movement*, cit., p. 295.

[24] I processi *ex officio* erano di due tipi: *ex officio mero*, in cui il giudice agiva di suo 'mero impulso', e *ex officio promoto*, in cui agiva su istanza di uno o più individui. Esisteva anche una forma procedurale ibrida in cui le istanze di parte e le procedure d'ufficio potevano essere combinate. Questo saggio tratta quasi esclusivamente delle procedure *ex officio mero* in cui, non essendoci un attore, il giudice agiva in via inquisitoria, sulla base della 'notorietà' o della 'pubblica fama'.

condo l'Atto di Uniformità del 1559[25]. Fu chiamato in giudizio dinanzi alla *High Commission* nel maggio 1586[26], ma rifiutò di prestare il giuramento *ex officio*. Fu perciò privato del suo beneficio per contumacia. Negò costantemente di aver «infangato» il *Prayer Book*. Sostenne di averne sempre osservato i precetti. Ammise di aver omesso la croce nel battesimo e l'anello nel matrimonio[27], ma quelle questioni erano state giudicate estranee alla lettera dell'Atto di Uniformità dal *Queen's Bench* in casi precedenti. Ad ogni modo, il nòcciolo della questione era la sua deposizione. Egli sostenne che questa era priva di fondamento legale perché l'Atto di Uniformità limitava l'applicazione della deposizione al solo caso della punizione di un *secondo* reato. Cawdrey era stato deposto dal vescovo Aylmer per un primo reato. Inoltre, come sostennero i suoi difensori, egli non aveva né confessato le accuse contro di lui, né era stato arrestato in base al verdetto di una giuria, come prevedeva l'Atto di Uniformità. La sentenza quindi era nulla.

Mentre alcuni di questi argomenti sono chiaramente di parte, c'era davvero un punto su cui Cawdrey ricevé giustizia sommaria. Come avrebbe di lì a poco confermato il *cause célèbre* di Cartwright e dei *leaders* presbiteriani, Cawdrey rifiutando il giuramento *ex officio* aveva effettivamente arrestato il suo processo dinanzi alla *High Commission*, e la sentenza di deposizione pronunciata contro di lui non era il risultato di una condanna legittima, ma essenzialmente una punizione per la sua contumacia[28]. Il suo rifiuto di prestare giuramento *ex officio* divenne perciò un precedente per i ministri puritani in generale.

Le sentenze della *High Commission* erano inappellabili, ma Cawdrey fu sostenuto da James Morice, uno degli avvocati più abili della sua generazione, protetto di Burghley. Morice capì che il caso poteva essere riesaminato in un nuovo giudizio equivalente a un appello. Nel 1591, sottopose il caso Cawdrey al *Queen's Bench* citando in giudizio per usurpazione il successore del ministro in qualità di parroco di South Luffenham. I membri della giuria, come testimoni dei fatti, osservarono che il convenuto non aveva commesso alcun reato, visto che la *High Commission* possedeva l'autorità di deporre Cawdrey. Il caso Cawdrey divenne perciò il *Roe vs. Wade* del diritto

---

[25] BL, Lansdowne MS 68, art. 47, f. 108.

[26] Probabilmente la data corretta dell'atto potrebbe essere maggio 1587: cfr. BL, Lansdowne MS 68, art. 46, f. 106.

[27] BL, Lansdowne MS 68, art. 46, f. 106.

[28] Cfr. BL, Lansdowne MS 68, art. 45, f. 104; 1 Eliz. I, c. 2. Questo statuto prevedeva che si potesse agire anche in base alla «notoria evidenza del fatto». Sul «veemente sospetto» in relazione alla procedura *ex officio* nelle corti ecclesiastiche, v. *infra*.

costituzionale inglese. La domanda era: la regina poteva delegare l'esercizio di determinati poteri alla *High Commission*? E inoltre: qual era l'ampiezza delle prerogative 'imperiali' secondo il *common law* inglese? In particolare: la prerogativa 'imperiale' della regina poteva derogare alle leggi e al *common law*[29]? Era in questione il fatto che, se la deposizione di Cawdrey fosse stata confermata dal *Queen's Bench*, la *High Commission*, che molti *common lawyers* al pari di molti puritani ritenevano essere una corte ecclesiastica estranea al sistema del *common law*, avrebbe potuto legittimamente privare i ministri dei loro benefici contrariamente alle leggi e consuetudini inglesi e all'articolo 39 della Magna Carta. Secondo la legge, i benefici ecclesiastici erano considerati come proprietà fondiarie, perché conferiti a vita e non a termine o *ad libitum*. Benché in alcuni casi privare un ministro del suo beneficio per crimini o altre cause previste dalle leggi fosse conforme al diritto canonico e al *common law*, il punto in questione era che il rifiuto del giuramento *ex officio* non rientrava in quelle ipotesi.

Con una decisione di ampio respiro i giudici ritennero che la regina poteva demandare l'esercizio di determinati poteri alla *High Commission* perché «per le antiche leggi di questo reame il regno d'Inghilterra è un impero assoluto e una monarchia». E ancora:

> il capo regale [*kingly head*] di questo corpo politico è investito e fornito di un potere pieno e indiviso, di prerogativa e di giurisdizione per render giustizia e ragione a ciascuna parte e a ciascun membro di tale corpo, di qualsiasi stato, grado, o qualsivoglia denominazione, in tutte le cause ecclesiastiche o temporali, altrimenti non dovrebbe essere capo dell'intero corpo[30].

Questo era lo stile dell'*Act of Appeals* di Enrico VIII: i giudici citarono quella legge quasi parola per parola. La loro decisione rivela che essi interpretarono l'*imperium* di Elisabetta come teocratico al pari di quello di Enrico VIII. Essi riconobbero che il Parlamento aveva emanato le leggi con cui era stato attuato il *religious settlement* del 1559, ma ritennero che il Parlamento fu solo lo strumento attraverso cui veniva dichiarata la prerogativa del principe. La loro interpretazione della supremazia regia corrispondeva quasi esattamente all'opinione dominante durante il regno di Enrico VIII e riassunta da Stephen Gardiner nel *De vera obedientia* e da Edward Fox

---

[29] Cfr. ELTON, *Tudor Constitution*, cit., pp. 221-32; TANNER, *Constitutional Documents*, cit., pp. 361-2, 373-3.

[30] TANNER, *Constitutional Documents*, cit., pp. 372-3.

nel *De vera differentia*[31]. La legislazione del 1559, come quella del 1553-'54, sarebbe stata perciò rigorosamente dichiarativa. Il Parlamento non era la fonte, bensì il mero esecutore della prerogativa 'imperiale' della regina. Di conseguenza la *High Commission* non era vincolata da limiti posti dalle leggi. Il ruolo del Parlamento era stato quello di proclamare (in ritardo) e rendere vincolanti per tutte le corti di giustizia del regno quei poteri regali che erano parte integrante della corona 'imperiale' fin da quando Lucio I fu convertito al cristianesimo nel 187 d.C.[32] La supremazia regia divenne una funzione inalienabile della regalità. Elisabetta era una regina 'imperiale'. Anche se il Parlamento non si fosse mai riunito, ella avrebbe potuto esercitare la prerogativa ecclesiastica personalmente oppure delegarne l'esercizio a chiunque avesse scelto per mezzo di lettere patenti.

Era una svolta reazionaria. La decisione dei giudici fu così controversa che ebbe l'effetto di determinare tutto e niente. La sentenza rivendicò l'interpretazione 'imperiale' della supremazia regia e confermò la legalità delle lettere patenti che avevano 'autorizzato' la *High Commission*. I giudici, tuttavia, non avevano fatto alcun tentativo di investigazione delle specifiche procedure con cui la *High Commission* aveva svolto il proprio lavoro sotto la guida di Aylmer e Whitgift. In particolare, non fu espressa alcuna opinione circa la legalità del giuramento *ex officio*.

La politica dell'*establishment* ispirò in parte la decisione dei giudici. Nel frattempo Whitgift aveva adottato le precauzioni necessarie. Quando, dopo tre anni, Cawdrey continuava a rifiutare il giuramento *ex officio*, Whitgift fece in modo che fosse convocato dinanzi a un gruppo ristretto di commissari che comprendeva giudici e membri del Consiglio privato accuratamente selezionati: Sir John Wolley, Sir John Fortescue, il *Lord Chief Baron* della *Court of Common Pleas*, il *Lord Chief Baron* della Corte dello Scacchiere e il Procuratore Generale, nonché Whitgift e il suo protetto Richard Bancroft.

---

[31] Cfr. JOHN GUY, *The Henrician Age*, in JOHN G. A. POCOCK (ed.), *The Varieties of British Political Thought*, Cambridge University Press, Cambridge 1993, pp. 35-46; ALISTAIR FOX e JOHN A. GUY, *Reassessing the Henrician Age: Humanism, Politics, and Reform*, Basil Blackwell, Oxford 1986, pp. 151-78.

[32] Spesso si afferma che mentre la supremazia regia di Enrico VIII era 'imperiale', quella di Elisabetta non lo era, dal momento che il Parlamento da solo reintegrò la regina come governatore supremo della Chiesa, in seguito all'abrogazione dei provvedimenti di Maria. Questa tesi è fuorviante. Sia Enrico sia Elisabetta ebbero bisogno del Parlamento per dichiarare che la supremazia reale era legalmente in vigore, per imporre giuramenti di fedeltà e per punire i criminali nelle corti di *common law*. Ma, secondo la tesi della monarchia 'imperiale', il ruolo del Parlamento era meramente strumentale. Il ricorso alla legislazione parlamentare non sminuiva – o quantomeno non era teso a sminuire – il potere sovrano della Corona. Per un'interpretazione analoga si rinvia a ELTON, *Tudor Constitution*, cit., pp. 222-3. Il potere della regina di delegare la sua prerogativa ecclesiastica per mezzo di lettere patenti fu affermato in 1 Eliz. I, c. 1.

Quando Cawdrey fu privato del suo ministero nel maggio 1590, fu in forza di una sentenza *di questo gruppo scelto di commissari* e non solo di Whitgift e Aylmer[33]. *Chief Justice* della *Court of Common Pleas* era Sir Edmund Anderson, il "martello dei puritani", e *Chief Baron* della Corte dello Scacchiere era Sir Roger Manwood, una pedina nelle mani dell'*establishment*. Il *Queen's Bench* era presieduto da Sir Christopher Wray, ex *Speaker* della Camera dei Comuni. Wray era un uomo rispettabile. Tutt'al più, aveva simpatie cattoliche. Ma qualsiasi cosa egli fosse, non era politicamente coraggioso. Aveva presieduto con fermezza i processi contro John Stubbs, il quale aveva scritto *The discoverie of a gaping gulf*, e nella Camera Stellata aveva pronunciato la sentenza contro il Segretario di Stato Davison per aver emanato l'ordine d'esecuzione di Maria di Scozia. Era un uomo eccezionalmente affidabile; non avrebbe mai ostacolato la campagna anti-puritana. In tutti i casi più rilevanti, inoltre, i giudici consultavano in anticipo i colleghi delle altre corti al fine di raggiungere un accordo e di esprimere un punto di vista unanime. Benché non fosse impossibile, era impensabile che il presidente di una corte s'imponesse sui propri colleghi nel giudicare un caso che aveva risvolti politici[34]. Era scontato che Cawdrey sarebbe stato condannato dal *Queen's Bench*, e Whitgift lo sapeva.

Ciò che era stato deciso politicamente si sarebbe potuto annullare nello stesso modo. Durante tutto il 1591 Cawdrey scriveva a Burghley, il quale interveniva pacatamente nell'interesse del primo. Cawdrey apostrofava Burghley «mio ottimo Signore e Protettore», e benché questo modo di rivolgersi a lui fosse essenzialmente retorico, conteneva realmente elementi di verità[35]. A maggio Cawdrey pregò energicamente Burghley d'intervenire, chiedendo se fosse possibile ottenere un *mandatum* dalla regina per annullare la sentenza della *High Commission*. Egli sollecitò altresì l'aiuto di Burghley per essere ammesso a godere del gratuito patrocinio nel processo dinanzi al *Queen's Bench*[36]. Burghley non si limitò a replicare: a giugno scrisse al vescovo Aylmer per chiedere la revisione e il riesame della sentenza contro Cawdrey dinanzi alla *High Commission* alla luce delle eccezioni sollevate da Morice. Aylmer rispose in modo cortese, ma fu palesemente infastidito da questa in-

---

[33] Cfr. BL, Lansdowne MS 68, art. 47, f. 108r-v.

[34] Ciò vale anche per i membri del Consiglio privato che nella *High Commission* avevano deciso il caso Cawdrey, visto che i *Chief Justices* lavoravano accanto ai consiglieri nella Camera Stellata: cfr. John Guy, *The Court of Star Chamber and its Records to the Reign of Elizabeth I*, Her Majesty's Stationery Office, London 1985.

[35] Cfr. BL, Lansdowne MS 68, artt. 51, 57, 59.

[36] Cfr. BL, Lansdowne MS 68, art. 51, f. 117.

terferenza, e riaffermò la legittimità della punizione di Cawdrey. Egli sostenne che la sentenza era conforme all'Atto di Uniformità e ricordò a Burghley che quando Cawdrey era stato condannato, la *High Commission* era stata rinforzata con giudici di *common law* e membri del Consiglio privato[37].

Burghley era in contatto anche con Morice. Gli consigliò di moderare i toni della sua infiammante retorica e di cancellare dai suoi 'scritti' opinioni irrilevanti per il caso Cawdrey. Questo era tipico di Burghley a quel tempo. Ancor più degno di nota è il fatto che un contatto di questo tipo si sia verificato. Morice capì a che cosa stesse andando incontro. «So molto bene, mio signore – scrisse a Burghley a luglio – quanto offensivo sarà scoprire irregolarità nei procedimenti giudiziari». Ad ogni modo, egli era determinato ad andare avanti nella difesa di Cawdrey, ritenendo «inverosimile per un uomo della mia professione essere preoccupato d'ogni sguardo di disapprovazione, specialmente avendo (come io stesso m'incoraggio) la legge dalla mia parte»[38].

In seguito, nello stesso mese, Cawdrey scrisse ancora a Burghley, lamentando gli abusi di Whitgift nei suoi confronti. Ribadì la sua convinzione che la deposizione per un primo reato era illegale, e asserì che, in ogni caso, per i reati di cui era accusato avrebbe dovuto essere incriminato dalle assise locali e non punito sommariamente dalla *High Commission*. Cawdrey era visibilmente scosso dal verdetto del *Queen's Bench*. Lo irritò principalmente il fatto che Anderson e Manwood in qualità di membri ecclesiastici della *High Commission* avevano avallato quella sentenza 'illegale'. Ancora una volta pregò Burghley di usare la sua influenza per aver ragione dei *commissioners*[39].

Cawdrey era onesto ma ingenuo: un pesce piccolo a disagio nelle acque impetuose degli anni Novanta del sedicesimo secolo. È sorprendente che Burghley abbia continuato a intervenire in suo favore, scrivendo pressoché a tutti i funzionari della *High Commission* nel corso delle vacanze estive. A loro volta essi si rivolsero a Whitgift, che meditò sulle carte fino a novembre. Infine rispose che sarebbe stato contento di reintegrare Cawdrey nelle sue funzioni, ma soltanto a condizione che quest'ultimo avesse sottoscritto alcuni 'articoli' che i giudici gli avevano sottoposto. Cawdrey era indignato, e asserì che proprio il rifiuto di firmare era stata la causa di tutti i suoi guai. Burghley avvicinò Whitgift per un'ultima volta, ma il primate si rifiutò decisamente di esonerare Cawdrey da quella sottoscrizione[40]. Da quel momento,

---

[37] Cfr. BL, Lansdowne MS 68, art. 54, f. 123.

[38] BL, Lansdowne MS 68, art. 55, f. 125.

[39] Cfr. BL, Lansdowne MS 68, art. 57, f. 129.

[40] Dettagli riportati in BL, Lansdowne MS 68, art. 59.

il ministro del Rutland cadde nell'oscurità. Come i più noti ministri condotti dinanzi alla *High Commission* e alla Camera Stellata tra il 1590 e il 1591, egli rifiutò di sottomettersi e perciò finì come Cartwright, un abitante di quella terra di nessuno che era il risultato dello stallo tra Burghley e i vescovi.

Questo caso sollevò una questione dalle gravi conseguenze. La procedura *ex officio* fu messa sotto i riflettori, e quando gli esperti forensi ebbero completato il proprio lavoro, emerse che, mentre l'opinione di Whitgift della *High Commission* aveva trovato conferma dal punto di vista giuridico, la visione del potere politico come ordine divino e la visione 'imperiale' dell'ordinamento ecclesiastico come corollario, erano improponibili anche per quei teologi della tempra di Richard Hooker[41]. Si iniziò a osservare che, persino nella Camera Stellata, dove gl'imputati giuravano sulla veridicità delle loro risposte, essi non giuravano di rispondere *in generale* ad articoli sottoposti loro senza riferimento a fatti preventivamente accertati, ma giuravano di confermarne la verità e di farsi interrogare su fatti che precedentemente essi stessi avevano esposto in memorie scritte. Il pericolo dell'autoincriminazione era perciò molto minore che nella procedura *ex officio*, e nella Camera Stellata ciascuna parte aveva il diritto di essere rappresentata da un difensore.

Nel Parlamento del 1593, Morice lanciò un attacco accuratamente preparato contro la campagna di Whitgift per le sottoscrizioni e contro i procedimenti *ex officio*. Egli si appellò alla *Magna Carta* e al *common law*, e sfidò i vescovi «a dichiarare al mondo con quale autorità essi fanno queste cose». Presentò due progetti di legge esposti in forma di petizione contro i giuramenti e gli arresti illegali, chiedendo alla Camera di leggere il primo immediatamente. La sanzione prevista dal primo progetto stabiliva che se la *High Commission* o un altro soggetto ecclesiastico avesse proposto in futuro «questo giuramento generale o un altro simile», o avesse punito qualcuno per aver rifiutato di prestarlo, o avesse proposto qualsiasi altro giuramento contrario alle consuetudini, alle leggi o alle libertà del regno, il reo sarebbe incorso nelle pene previste per il reato di *praemunire* (cioè la perdita delle proprietà e l'imprigionamento a discrezione della regina). Si scatenò una violenta discussione nella quale Morice fu avversato da tre oratori: James Dalton, un giurista legato all'*establishment*, Sir John Wolley, che era stato giudice a Lambeth quando Cawdrey fu degradato dal suo ministero, e il dottor William Lewin, giurista e membro tra i più giovani della *High Commission*. Morice fu sostenuto vigorosamente da Robert Beale e da Sir

---

[41] Cfr. Lake, *Anglicans and Puritans?*, cit., pp.197-225; Richard Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, ed. a cura di Arthur Stephen McGrade, Cambridge University Press, Cambridge 1989, lib. VIII, cap. 3, iii, pp.145-7; lib. VIII, cap. 6, x-xiii, pp. 191-7.

Francis Knollys, membro anziano del Consiglio privato e cugino acquisito di Elisabetta. Knollys era particolarmente irritato e difendeva con insistenza Morice per il suo «zelo e buone intenzioni». Citò l'Atto di sottomissione del clero del 1534 che, ricordò alla Camera, era stato promulgato quando egli era membro del Parlamento[42]. La lettera che Knollys scrisse a Burghley il giorno dopo, mostra in pieno il suo fervore. Egli sostenne che i civilisti «e gli altri confederati del governo della Chiesa gradirebbero volentieri una sorta di monarchia nel cosiddetto governo della Chiesa così come è in quello temporale: essi vorrebbero separare il governo della Chiesa dal governo temporale»[43].

C'era più di un granello di verità in questa intuizione, ma il contesto parlamentare da cui ebbe origine, per Elisabetta aveva oltrepassato la misura. Era necessaria una punizione. Morice e altri sei furono posti agli arresti domiciliari, Knollys fu emarginato fino alla sua morte, e a Beale fu proibito di frequentare la Corte e il Parlamento. Fu inoltre sospeso dal suo incarico di segretario del Consiglio privato per quattro anni. Morice fu ammonito dal Consiglio privato e affidato in custodia a Sir John Fortescue (un altro dei giudici che avevano degradato Cawdrey). Grazie alle pressioni di Burghley egli fu trattato con indulgenza: il suo arresto durò appena due mesi.

Beale invece fu trattato con severità. Aveva infastidito la regina con un discorso durante il dibattito parlamentare sull'appannaggio reale [*subsidy*], e inoltre Elisabetta nutriva ancora del risentimento nei suoi confronti perché egli aveva portato l'ordine d'esecuzione di Maria di Scozia al castello di Fotheringay e ne aveva dato pubblico annuncio dal patibolo. Beale, tuttavia, conosceva la realtà dei fatti. Come gli aveva suggerito Burghley, la «causa principale» della sua disgrazia era il sospetto di essere «un cospiratore di un nuovo governo ecclesiastico». Egli negò. Tutto ciò che aveva desiderato era che le leggi emanate dal Parlamento nel 1534 per la riforma del diritto ecclesiastico fossero applicate. Aveva già spedito a Burghley un libro pubblicato durante il regno di Enrico VIII, che a suo giudizio criticava un articolo che i ministri di culto puritani erano stati obbligati a sottoscrivere. Aveva anche compilato una raccolta sommaria di 'note' contro i procedimenti *ex officio* nelle corti ecclesiastiche destinata a provare che quei processi erano contrari alle Sacre Scritture, al diritto canonico e al *common law*. I contenuti di queste 'note' erano divenuti molto popolari. I detrattori di Beale ne avevano

---

[42] Cfr. Neale, *Elizabeth I and her Parliaments*, cit., vol. II, pp.268-79; P. W. Hasler, *The House of Commons, 1558-1603*, 3 voll., Published for the History of Parliament Trust by Her Majesty's Stationery Office, London 1981, vol. III, pp. 98-100.

[43] Cfr. BL, Lansdowne MS 73, art. 30, f. 109.

ottenuto una copia e ne pubblicarono una confutazione integrale[44].

L'autore di questa confutazione era il giurista Richard Cosin, un altro dei protetti di Whitgift, il quale era stato nominato *dean of the Arches*[45] e vicario generale della diocesi di Canterbury[46]. Cosin e Richard Bancroft avevano preparato insieme gl'interrogatori cui furono sottoposti Cartwright e i *leaders* presbiteriani nei processi dinanzi alla *High Commission* e alla Camera Stellata[47]. Come Bancroft, Cosin era un divulgatore esperto della polemica anti-puritana. La sua *Answer to an abstract of certeine acts of Parliament* del 1584 aveva stimolato l'ingegno di Martin Marprelate[48]. La sua *Conspiracie, for pretended reformation: viz. presbyteriall discipline* del 1592 fu pensata per «denunciare» una cospirazione puritana che presumibilmente faceva da sfondo all'affare di William Hacket[49], ma quell'opera si distinse solo per lo sforzo di svelare un complotto di cui non v'era traccia. Ben più interessante è il fatto che Cosin era amico di Lancelot Andrewes. Cosin iniziò verso il 1589 la stesura di un manuale pedagogico che sarebbe stato pubblicato diversi anni più tardi con il titolo di *Ecclesiae Anglicanae politeia in tabulas digesta*[50].

Mentre il *Queen's Bench* si occupava del processo a Cawdrey, Cosin scrisse un trattato intitolato *An apologie: of, and for sundrie proceedings by jurisdiction ecclesiastical*. Forse questo lavoro non era inizialmente destinato alla pubblicazione. Se ne stamparono invece quaranta copie da diffondere tra un pubblico ristretto[51]. Nel giro di due anni, il trattato fu comunque ampliato e riveduto per essere poi pubblicato con il titolo di *An apologie for sundrie proceedings*[52]. In questa edizione è presente l'attacco alle 'Note' di Beale. L'opera di Morice che era stata oggetto di critica apparve intorno al

---

[44] Cfr. BL, Lansdowne MS 73, art. 2, ff. 4-13. Il titolo completo di questo trattato era *Notes to prove the proceeding ex officio, and the oath and subscription which are now requested, to be against the Word of God, the ancient Fathers, and Canons of the Church, and the laws, liberties and customs of the Realm of England*: cfr. *STC*², 5821, sig. D2.

[45] [Giudice laico della *Court of Arches*. *N.d.T.*].

[46] James E. Hampson ha iniziato di recente la stesura di una tesi dottorale su Cosin presso l'Università di St. Andrews. Per un'analisi dell'importanza di Cosin in relazione al *King John* di Shakespeare, si rinvia al volume di Donna B. Hamilton, *Shakespeare and the Politics of Protestant England*, University Press of Kentucky, Lexington (Ky.) 1992, pp. 11-58.

[47] Cfr. Collinson, *Elizabethan Puritan Movement*, cit., pp. 417-31; Hasler, *The House of Commons*, cit., vol. I, pp. 660-1: Cooper (ed.), *Athenae Cantabrigienses*, cit., vol. II, pp. 230-2.

[48] Cfr. *STC*² 5819.5.

[49] Hacket era uno sventurato malato di mente che nel 1591 a Londra era salito su un carretto e si era autoproclamato Messia e re d'Europa: cfr. Collinson, *Elizabethan Puritan Movement*, cit., p. 424.

[50] Cfr. *STC*² 5824; l'opera apparve nel 1604.

[51] Cfr. *STC*² 5820: per la vicenda della pubblicazione di questo trattato cfr. *STC*² 5821, sig. B l r.

[52] Cfr. *STC*² 5821-2.

1590 con il titolo di *A briefe treatise of oathes exacted by ordinaries and ecclesiasticall judges*[53]. L'editore aveva eluso la censura pubblicandola nella città olandese di Middelburg. Non è chiaro se Morice avesse inteso pubblicare il suo lavoro. Egli ammise che aveva diffuso alcune copie manoscritte, ma in una lettera a Burghley dichiarò implicitamente che qualcun altro aveva dato alle stampe la sua opera[54].

Il vincolo di *patronage* tra Whitgift e Cosin non deve passare inosservato. Cosin era stato allievo di Whitgift a Cambridge. Fu studente e poi (insieme a Cartwright) *fellow* al Trinity College. Da quasi tutti i punti di vista– sia intellettualmente sia professionalmente – dipendeva da Whitgift. Doveva la carriera al suo mentore, che seguì dapprima nella diocesi di Worcester come cancelliere, per spostarsi poi a Lambeth nel giro di soli tre mesi dall'insediamento di Whitgift a Canterbury. Infine, grazie all'influenza di Whitgift ottenne il redditizio ufficio di *master in ordinary* della *Court of Chancery*[55].

Cosin giunse a Lambeth poco dopo che Whitgift ebbe pubblicato i suoi «articoli concernenti i predicatori e altri ordini per la Chiesa». Essi prevedevano che i ministri puritani avrebbero dovuto approvare il *Common Book of Prayer* in quanto non conteneva alcunché di contrario alla parola di Dio, e inoltre dovevano promettere di usare soltanto quel testo nel corso delle funzioni religiose. Fu, in effetti, l'inizio della campagna di sottoscrizioni promossa da Whitgift. Burghley manifestò energicamente il suo disappunto sostenendo che quegli articoli sapevano di «inquisizione romana, e [erano] uno stratagemma più adatto a cercare i malfattori che a correggerli»[56].

Non è stato ben compreso che la strategia di Whitgift si strutturava su due livelli e il primo era costituito proprio dai suoi articoli. Cosin aveva il compito di costruire il secondo livello – e bisogna ammettere che era eccezionalmente adatto a quella funzione. Aylmer aveva già consolidato l'autorità metropolitana della *High Commission* meridionale. Cosin a quel punto iniziò a rafforzare e a rendere più severi i procedimenti penali dinanzi alle corti ecclesiastiche introducendo nella prassi l'intera gamma di procedure che regolavano le indagini *ex officio*, così come erano esposte nei più recenti testi e manuali di diritto canonico romano. Era una soluzione sottile e efficace a quello che Whitgift giudicò senza ombra di dubbio come un problema

---

[53] Cfr. *STC*² 18106.

[54] Cfr. Hasler, *The House of Commons*, cit., vol. III, pp. 98-100.

[55] Cfr. ivi, vol. I, pp. 660-1; Cooper (ed.), *Athenae Cantabrigienses*, cit., vol. II, pp. 230-2.

[56] Collinson, *Elizabethan Puritan Movement*, cit., pp. 243-8; *Calendar of State Papers, Domestic series* (d'ora in avanti *CSPD*), a cura di Robert Lemon, 12 voll., London 1856-1872, vol. II, p. 188; Tanner, *Tudor Constitutional Documents*, cit., pp. 373-4.

operativo. La soluzione rientrava perfettamente nelle competenze dei *civil lawyers* e dei giudici delle corti ecclesiastiche; in questo modo si evitò la reazione politica che un rafforzamento della *High Commission* per mezzo di giudici nominati con nuove lettere patenti avrebbe senza dubbio provocato mentre Leicester e Walsingham erano ancora in vita.

Le lettere patenti inviate ai giudici della *High Commission* durante il regno di Elisabetta si mantennero eccezionalmente uniformi[57], ma ciò non significa che non ci furono cambiamenti nella prassi delle corti. Mentre gli arcivescovi Parker e Grindal erano ricorsi con prudenza al diritto canonico, memori del suo status controverso sin dal 1534, e particolarmente consci dell'antagonismo dei *common lawyers* – si diceva che Grindal avesse avviato dei procedimenti secondo l'Atto di Uniformità su verdetto di una *grand jury* e non secondo la procedura stabilita dal diritto canonico –, sotto la tutela di Cosin la *High Commission* meridionale sarebbe ricorsa alla procedura *ex officio mero* con vigore e fermezza. I toni cambiarono più radicalmente quando Cosin giustificò i procedimenti penali sulla base della reputazione o della «notorietà». Mentre Grindal aveva preferito agire in base alle denunce dei *churchwardens*[58] o in base alle deposizioni scritte dei testimoni, Cosin ritenne che la «notorietà» oppure «le parole e le informazioni» giunte all'orecchio del giudice, nonostante l'assenza di accusatori o di denunce, fossero elementi legittimi e perseguibili[59]. Non a caso Cosin fu tra i giudici della *High Commission* che decisero il caso Cawdrey.

Un memorandum riservato firmato da Cosin e dal suo team di Lambeth contiene il nodo della questione. Vi si notava che alcuni crimini difficilmente si sarebbero potuti provare per mezzo di testimoni, tuttavia erano «veementemente sospetti e nocivi per gli onesti, e pericolosi da tollerare, in quanto pessimi esempi in uno Stato ben governato»[60]. Quei casi dovevano essere

---

[57] Cfr. Elton, *Tudor Constitution*, pp. 221-30.

[58] [Funzionari laici responsabili degli affari secolari di una parrocchia. *N.d.T.*].

[59] Richard Cosin, *Apologie for Sundrie Proceedings*, in *STC*² 5821, II parte, cap. 6, p. 51.

[60] Lambeth Palace Library (d'ora in avanti LPL), MS 2004, f. 65. È importante soffermarsi sulla fraseologia concernente il «sospetto veemente». Secondo il *Provinciale* di Lyndwood, l'espressione «veementemente sospettato» si riferiva al caso di un individuo sospettato di aver avuto contatti con eretici, o di aver fatto loro l'elemosina, o di aver ricevuto i loro libri, o difeso le loro persone, ma *che non avrebbe potuto essere condannato da una corte di giustizia*: cfr. William Lyndwood, *Provinciale Seu Constitutiones Angliae*, Oxford 1679, pp. 302-3, e nel glossario alla voce «Vehementer suspecti». In casi di questo tipo, *demonstrationes leves* o 'prove deboli' erano sufficienti per giustificare l'abiura o le pene penitenziali inflitte dai giudici che procedevano *ex officio*. Nella sua *Debellation of Salem and Bizance* del 1533, Sir Thomas More sostenne che un individuo riconosciuto «veementemente sospetto» (il che implica *demonstrationes leves*, ma non la condanna da parte di una corte) avrebbe potuto essere obbligato ad «abiurare» la propria eresia, «piuttosto che essere

affrontati «con un'inchiesta» e «scoperti con ogni mezzo, corretti, l'accusato obbligato alla penitenza, e gli altri scoraggiati dal commettere lo stesso reato». Occasionalmente, una parte diversa dal giudice poteva essere pronta a promuovere il procedimento[61]. Ma nei casi in cui non fosse stato possibile trovare un promotore, il giudice aveva il dovere di procedere *ex officio mero*, per cui l'accusato veniva obbligato senza possibilità d'equivoco a rispondere sotto giuramento circa i propri crimini punibili dalla corte.

Come si legge ancora nel memorandum di Cosin, chi si fosse autoaccusato con le proprie risposte sotto giuramento, avrebbe «discolpato» o «condannato» se stesso, dopodiché i suoi testimoni a discarico (o '*oath-helpers*') avrebbero dovuto giurare che aveva detto il vero. Qualora l'accusato fosse riuscito a dimostrare la sua innocenza per mezzo dei testimoni a discarico, avrebbe dovuto essere assolto. In caso contrario, sarebbe stato considerato «colpevole del crimine, e da correggere»[62].

Nel punto del memorandum in cui asseriva che nei procedimenti *ex officio mero* l'accusato era obbligato a rispondere sotto giuramento circa i suoi crimini, è da sottolineare il fatto che Cosin non mise i suoi lettori al corrente della norma di diritto canonico contenuta nelle Decretali gregoriane in base alla quale nessuno era obbligato a incriminare se stesso in un processo penale. Vero è che c'erano eccezioni e deroghe alla regola contro l'autoincriminazione forzata, ma Cosin non le citò, e anche se l'avesse fatto, non è per nulla chiaro se queste eccezioni avrebbero derogato alla regola generale. Per di più, la norma contro l'autoincriminazione era stata ripresa nella *Practica criminalis* di Giulio Claro, un compendio di diritto canonico molto diffuso nel sedicesimo secolo[63].

Probabilmente la questione era ancor meno chiara sul livello pratico.

---

assolto da ogni sospetto» – su questo punto fece chiarezza. More tuttavia proseguiva: «E dunque, essendosi comportato così in precedenza [cioè, comportandosi in modo tale da suscitare un veemente sospetto]: anche se fa penitenza non ne ha diritto», confermando perciò di essere convinto che un «sospetto veemente» sarebbe stato sufficiente per imporre una penitenza anche se l'imputato non fosse stato condannato in seguito a un regolare processo: cfr. THOMAS MORE, *The Complete Works of St Thomas More*, 10 voll. a cura di AA.VV., vol. X: *The Debellation of Salem and Bizance*, ediz. a cura di JOHN GUY, RALPH KEEN, CLARENCE H. MILLER, R. MCGUGAN, New Haven (Conn.)-London, 1963-1997, pp. 116-18, 127.

[61] In questo caso, l'accusato non era tenuto a rispondere sotto giuramento circa il principale reato che gli si contestava, benché potesse essere ancora obbligato a rispondere sotto giuramento ad alcuni punti collegati, ad esempio nei procedimenti su istanza di parte o *ex officio promoto*: sul punto si veda anche COSIN, *Apologie for Sundrie Proceedings*, cit., parte II, cap. 6, pp. 50-1.

[62] LPL, MS 2004, f. 65.

[63] RICHARD H. HELMHOLZ, *Roman Canon Law in Reformation England*, Cambridge University Press, Cambridge 1990, pp. 156-7.

Nella sua *Apologie for sundrie proceedings*, Cosin riconobbe che nei procedimenti *ex officio* avviati sulla base della «notorietà», il giudice era tenuto per legge ad assumere la testimonianza dei vicini dell'accusato per convalidare le accuse specifiche a suo carico prima di far prestare il giuramento: presumibilmente in questi casi si applicava la regola canonica dei «due testimoni»[64]. Ad ogni modo, continuava Cosin, anche se l'interrogatorio dei vicini fosse stato eseguito *senza* la prova della notorietà, il processo sarebbe potuto andare ancora avanti e si sarebbe potuto far prestare il giuramento *ex officio* «*benché non autorizzato dalla legge*» a condizione che l'accusato «non vi si fosse opposto»[65]. In altre parole, se un individuo accusato in base alla «notorietà» accettava di rimettersi alla giurisdizione della corte in un procedimento *ex officio*, poteva essere interrogato (illegalmente) sotto giuramento e costretto ad autoincriminarsi. Quest'affermazione solleva un problema pratico di cruciale importanza. Di solito, i procuratori (cioè gli avvocati ecclesiastici) non erano autorizzati a rappresentare le parti nei procedimenti *ex officio*[66]. La questione era controversa, ma l'opinione più favorevole che si riscontra negli archivi giudiziari inglesi afferma che la rappresentanza dei procuratori era rimessa al potere discrezionale del giudice. La domanda che sorge a questo punto è: durante gli anni Novanta si esercitava, e fino a che punto, una pressione sugli accusati dalla *High Commission* per sottomettersi "volontariamente" alla sua giurisdizione?

Il memorandum non indicava come si sarebbe dovuto procedere se l'accusato avesse rifiutato il giuramento *ex officio* o se fosse stato in altro modo contumace. Si osservava che «se l'accusato nega il crimine che gli si contesta, allora per legge gli sarà imposta la purgazione», ma ciò non riguardava il caso dell'imputato che rifiutasse di «dimostrare la sua innocenza». Nella *Apologie*, Cosin osservò che era «necessario» punire la contumacia volonta-

---

[64] Nel diritto canonico romano si era ritenuto per molto tempo che gl'imputati non avrebbero potuto essere obbligati al giuramento nei procedimenti *ex officio* a meno che non ci fosse stata una comprovata notorietà pubblica sul fatto che essi avevano commesso il reato: cfr. HELMHOLZ, *Roman Canon Law in Reformation England*, cit., p. 119.

[65] COSIN, *Apologie for Sundrie Proceedings*, cit., parte II, cap. 6, p. 51. Questo punto di vista potrebbe trovare sostegno nella *Practica criminalis* di Giulio Claro, in cui si confermava che per legge l'esistenza della «pubblica fama» contro un individuo doveva essere provata da più testimoni prima che il procedimento a suo carico potesse iniziare, ma – aggiungeva Claro – «benché ciò sia vero *de jure*, la prassi insegna l'esatto contrario, che è quanto si osserva»: HELMHOLZ, *Roman Canon Law in Reformation England*, cit., pp. 17-18. Senz'alcun dubbio Claro per questo motivo non era una fonte accettabile per Beale e per i puritani. In ogni caso, si poteva facilmente screditare agli occhi dei puritani perché era un giureconsulto italiano la cui carriera aveva attraversato la Controriforma e il Concilio di Trento.

[66] Cfr. HELMHOLZ, *Roman Canon Law in Reformation England*, cit., pp. 117-19.

ria di chi rifiutava «più volte sotto giuramento» di rispondere a «obiezioni fatte in nome di sua Maestà» nella misura in cui fossero necessarie per legge. Oltre a quello, aveva poco da dire. Pur essendo uno scrittore tanto impassibile nell'accecare il suo pubblico con la scienza giuridica, Cosin era sorprendentemente reticente sul vero problema che era, naturalmente, il tema più scottante di tutti: la questione sottesa alla decisione della *High Commission* nel caso Cawdrey[67].

Cosin sostenne infine che sarebbe stato illogico *non* punire i contumaci, quando appariva ovvio ai giudici che la loro condotta non solo era «intollerabile», ma era giudicata «tendente anche al completo rovesciamento di tutta la giustizia di questo reame, se fosse tollerata»[68]. Probabilmente consapevole della natura soggettiva di questa osservazione, egli informò i lettori che la legge considerava le pene inflitte dai giudici ecclesiastici a titolo di «riforma» e di «riparazione», non come *poenae* ma come *medicinae*[69]. Questo punto assumeva un rilievo particolare per il caso Cawdrey, perché in quell'occasione non c'era stato un dibattimento (esso era stato preventivamente escluso dal rifiuto dell'imputato di prestare il giuramento *ex officio*). Era d'importanza cruciale scoprire quale fosse lo status giuridico della decisione di privare Cawdrey del beneficio e del ministero. Quale fonte *giuridica* poteva chiarire questo punto?

Per comprendere la questione dobbiamo fare una breve digressione nel Medioevo[70]. Quando William Lyndwood commentò il decreto *Ad abolendam* nel suo classico compendio di diritto canonico (1420-1433)[71], interpo-

---

[67] COSIN, *Apologie for Sundrie Proceedings*, cit., parte II, cap. 10, pp. 91-2.

[68] *Ibid.*

[69] Ivi, p. 78. Questo argomento apparve anche nel memorandum: cfr. LPL, MS 2004, f. 65v.

[70] Lyndwood, autore del *Provinciale seu constitutiones Angliae*, era dottore in diritto civile e canonico, fu *dean of the Arches* sotto l'arcivescovo Chichele, e più tardi vescovo di St David: cfr. DOROTHY M. OWEN, *The Medieval Canon Law: Teaching, Literature and Transmission*, Cambridge University Press, Cambridge 1990, p. 2.

[71] Nel 1184, nel concilio di Verona, il papa Lucio III emanò il decreto *Ad abolendam*, poi ratificato dal Quarto Concilio Laterano, per cui i vescovi o i loro delegati dovevano esaminare sotto giuramento dei testimoni affidabili nelle loro province o diocesi una o due volte l'anno, al fine di scoprire i sospetti eretici: cfr. *Decretales Gregorii IX*, 5.7.9, in *Corpus Juris Canonici*, ediz. a cura di AEMILIUS LUDWIG RICHTER e EMIL ALBERT VON FRIEDBERG, 2 voll., Leipzig 1879-1881, vol. II, pp. 780-2. Chiunque si fosse rifiutato di giurare sarebbe stato considerato eretico, e gli accusati potevano essere citati in giudizio in base al solo sospetto. Se l'accusato non avesse confessato o non lo si fosse potuto dichiarare colpevole, non doveva necessariamente essere assolto: lo si poteva costringere a dimostrare la sua innocenza dichiarando sotto giuramento di non essere colpevole e rafforzando il suo giuramento con quello di altre persone credibili disposte a giurare di credere nella verità delle sue affermazioni. Nel 1231, Gregorio IX emanò una costituzione intitolata *Excommunicamus et anathematisamus*, la quale stabiliva che i sospettati che non si fossero discolpati entro un anno avrebbero dovuto essere puniti come se fossero stati condannati per eresia: cfr. *Decretales Gregorii*

lò la sua opinione secondo cui il vescovo poteva infliggere a un soggetto sospettato di eresia «pene penitenziali» (*poenae poenitentiales*) a titolo di purgazione[72]. Qualora gl'individui «veementemente sospetti» non avessero confessato e non si fosse potuto dichiararli colpevoli, non si sarebbe dovuto necessariamente assolverli. In quei casi, la «purgazione» poteva assumere la forma di *poenae*; le punizioni includevano l'«abiura», l'isolamento in un monastero, o la costruzione di una chiesa o di un ospedale[73]. In caso di «abiura», l'accusato poteva essere costretto a giurare di rinnegare le dottrine o convinzioni che gli erano contestate, e queste opinioni o convinzioni sospette potevano essergli presentate sotto forma di documento suddiviso in articoli. Tuttavia, il diritto canonico non autorizzava affatto tutto ciò. Lyndwood aveva creato questi argomenti per via interpretativa, come dichiarava nel suo commento.

L'interpretazione di Lyndwood divenne controversa durante il regno di Enrico VIII. Un sospettato che non poteva essere dichiarato colpevole, per mezzo di una purgazione canonica doveva giurare non di essere innocente, ma di rinnegare le dottrine eretiche di cui era accusato: ciò poteva consi-

---

IX, 5.7.13, in *Corpus Juris Canonici*, cit., vol. II, pp. 787-8. In seguito, quando la sede papale era già stata trasferita ad Avignone, Clemente V con la sua decretale *Multorum querela* autorizzò i vescovi (o i loro delegati) a citare in giudizio e a indagare sui sospettati di eresia senza che fossero stati precedentemente denunciati dai testimoni. Tuttavia, furono istituite alcune salvaguardie. La decretale obbligò coloro i quali agivano *ex officio* a procedere insieme agli inquisitori nominati dal papa qualora intendessero imprigionare, torturare oppure condannare persone sospettate di eresia: *Clementinae*, 5.3.1, in *Corpus Juris Canonici*, cit., vol. II, pp. 1181-2. La *Multorum querela*, che fu confermata dal concilio di Vienne nel 1312, autorizzava perciò i giudici ecclesiastici a procedere *ex officio mero*. Questa procedura fu poi ampliata fino a coprire una varietà di crimini morali o deviazioni dagli insegnamenti della Chiesa. La legislazione era però diretta alla scoperta dei reati e alle relative indagini. Il diritto canonico rimase vago e generico circa il potere di emanare una sentenza nel caso in cui mancassero prove certe (ad esempio due testimoni «credibili») o l'accusato fosse contumace. L'unica eccezione riguardava i casi di eresia, laddove un sospettato che si fosse rifiutato di prestare il giuramento *ex officio* o si fosse autoincriminato, avrebbe potuto essere condannato dopo un anno come se fosse stato giudicato con un giusto processo.

[72] Lyndwood, *Provinciale*, cit., p. 290, glossario voce «Purgaverit».

[73] La punizione doveva essere commisurata al crimine e alla posizione sociale del sospettato. Come scrisse Sir Thomas More nella sua *Debellation of Salem and Bizance*: «E perciò quegli uomini saggi che fecero le leggi, lasciarono che l'ordinario determinasse, per i sospettati di eresia, la purgazione che per le condizioni della persona, il popolo e l'epoca sarà più opportuna»: More, *The Complete Works of St Thomas More*, cit., vol. X: *The Debellation of Salem and Bizance*, p. 116. More continuava: «E perciò l'ordinario a quell'uomo così sospetto, imporrà [...] di confessare apertamente che quelle eresie attribuitegli, sono eresie realmente false / e di rinnegarle sinceramente e di giurare che tali le riteneva / e di giurare che non intese né insegnarle, né far credere mai a qualcuno di avere intenzione di farlo, e che né predicherà né presterà fede ad alcuna eresia, ma le rinnega per sempre. E ancora per l'ulteriore purgazione di un tale sospetto, l'ordinario può anche ordinargli di fare altre cose, come dichiarare nel modo più chiaro possibile, di non avere l'intenzione / di predicare pubblicamente contro le medesime eresie, e di fare cose contrarie a quelle eresie»: *ibid*.

derarsi come un diniego di giustizia. Christopher St German, l'avversario polemico di Thomas More, lanciò un attacco contro quella giustizia sommaria[74]. Un'autentica indignazione permea gli scritti di St German perché era tra i pochi a comprendere che mentre il diritto canonico – contrariamente alle interpolazioni di Lyndwood – autorizzava la punizione dei sospettati di eresia che rifiutavano di prestare il giuramento nei procedimenti *ex officio*, non c'era alcuna norma scritta (con buona pace di Cosin) a proposito della possibilità di infliggere *poenae* (o *medicinae*) in altri casi. Anche nell'interpretazione di Lyndwood, tutto ciò riguardava esclusivamente i casi di eresia. Non aveva alcun rapporto con i procedimenti *ex officio* relativi ad esempio a benefici, decime, tasse di successione o di omologazione, vilipendio del clero, o reati concernenti gli edifici di culto.

Ora è chiaro perché Beale e Morice erano irritati dall'affermazione che le pene inflitte ai contumaci dalla *High Commission* fossero considerate dalla legge non come *poenae* ma come *medicinae*. Talvolta Beale ricorse ad argomenti contorti, come quando protestò di aver pienamente approvato l'Atto di Uniformità del 1559, ma che il *Book of Common Prayer* in uso non era quello autorizzato dalla suddetta legge. Tuttavia in questo aspetto della procedura *ex officio* egli aveva colto il nòcciolo della questione[75]. Il punto non era se i giudici ecclesiastici potessero agire *ex officio*, cosa di cui non si era mai dubitato[76]: il problema era se nei procedimenti *ex officio mero* il giudice fosse autorizzato dalla legge a imporre l'autoincriminazione, e se di conseguenza si fosse potuto condannare l'accusato che si rifiutava di prestare il giuramento *ex officio*.

Ancor più irritante era il fatto che il protocollo descritto da Lyndwood era stato abrogato nel 1534 dall'Atto di sottomissione del clero e dall'*Heresy*

[74] Cfr. Fox e Guy, *Reassessing the Henrician Age*, cit., pp. 95-120.

[75] Sembra che le 'Note' di Beale siano perdute, ma un sommario dei loro contenuti si trova in BL, Lansdowne MS 73, art. 2, ff. 7v-13. Egli lamentò che la procedura estesa che Cosin aveva ideato non era parte del processo ordinario di diritto canonico, ma derivava invece da «una procedura inquisitoria straordinaria stabilita dal papa solo per i casi di eresia».

[76] Nessuno dubitava che il diritto canonico era stato recepito in Inghilterra. La procedura *ex officio*, la purgazione, la prova per testimoni, i giuramenti di calunnia o «di dire la verità» erano mezzi impiegati abitualmente dalle corti ecclesiastiche anteriormente alla Riforma. Gli archivi delle corti provano che verso il quindicesimo secolo la procedura *ex officio* era collegata molto strettamente ai casi di simonia, blasfemia, stregoneria, sodomia e usura. Naturalmente questi procedimenti invadevano in qualche misura la giurisdizione delle corti regie. Il fatto interessante è che i *common lawyers* all'inizio non sollevarono alcuna obiezione contro le indagini *ex officio* sui crimini spirituali. I conflitti tra Chiesa e Stato furono scatenati dai procedimenti penali contro gli eretici che furono causati dalla diffusione del lollardismo: cfr. Helmholz, *Roman Canon Law in Reformation England*, cit., pp. 2-3, 21, 24, 104, 117; Homer A. Kelly, *English Kings and the Fear of Sorcery*, «Medieval Studies», n. 39, 1977, pp. 206-38.

Act[77]. Knollys e Beale conoscevano bene quegli eventi: Knollys, dopotutto, vi aveva assistito. Essi sapevano che la *Supplication against the ordinaries* (1532) e l'Atto di sottomissione del clero erano stati emanati a causa degli abusi della procedura *ex officio*[78]. La *Supplication* condusse all'Atto di sottomissione del clero (15 maggio 1532)[79]. Quest'ultimo dispose che in futuro la *Convocation* non si sarebbe potuta riunire senza l'ordine del re; non si sarebbe potuto emanare nessun nuovo canone senza il consenso del monarca,

[77] L'*Heresy Act* stabiliva che le accuse nei casi di eresia non dovevano essere formulate dai soli giudici ecclesiastici, ma dovevano scaturire da atti d'incriminazione conformi al *common law* (come ad esempio i verdetti emanati da una *grand jury*) o dalla testimonianza di almeno due «legittimi» testimoni. Alle persone arrestate sulla base di un sospetto si doveva dare la possibilità di ottenere la libertà provvisoria su cauzione, mentre gli accusati dovevano essere processati in pubblico. Solo le persone condannate al termine di un regolare processo (ad esempio sulla base di una testimonianza di persone rispettabili e credibili) potevano essere condannate all'abiura e a una «ragionevole» penitenza. Se si fossero rifiutate, non avrebbero dovuto essere punite da una corte ecclesiastica, ma sarebbero state consegnate immediatamente al potere secolare. La legge obbligava il potere secolare a bruciare gli eretici ostinati o recidivi, ma in ciascun caso gli ufficiali dovevano ottenere un mandato *de heretico comburendo* dalla *Court of Chancery* (25 Hen. VIII, c. 14). Nel 1539, con la recezione dell'*Act of Six Articles* nello *statute book*, l'*Heresy Act* fu assoggettato ai termini di quest'ultimo. Ma la battuta d'arresto per i *common lawyers* fu solo temporanea. Dopo una nuova ondata di protesta contro la procedura *ex officio*, il Parlamento stabilì nel 1544 che nessuno doveva essere processato in base all'*Act of Six Articles* se non dopo la formulazione dell'accusa da parte di una *grand jury*. Gli atti d'incriminazione dovevano essere formulati entro un anno dai reati contestati, e l'arresto o l'imprigionamento dei sospettati prima della formulazione dell'accusa era vietato. Queste garanzie furono indebolite quando il Protettore d'Inghilterra Somerset cancellò le leggi sul tradimento e sull'eresia dopo la morte di Enrico VIII (31 Hen. VIII, c. 14; 35 Hen. VIII, c.5; 1 Edw. VI, c.12).

[78] L'attacco si fondava sulla convinzione che i vescovi, in base ai diritti derivanti dal *common law*, non potevano punire i presunti innocenti sui quali nutrivano sospetti, senza ricorrere alla frode: cfr. JOHN FORTESCUE, *De Laudibus Legum Anglie*, ediz. a cura di STANLEY BERTRAM CHRIMES, s.l. 1942, spec. cap. 27. La *Supplication* affermava che gli accusati erano «citati quotidianamente e convocati davanti ai suddetti ordinari spirituali, ai loro delegati e sostituti, *ex officio* […] per reati, probabilmente senza alcun motivo […] e a volte, al momento della loro comparizione *ex officio* […] vengono imprigionati senza cauzione o *mainprise*: e, com'è stato denunciato, prima di essere giudicati, alcuni ci rimangono per sei mesi e altri anche di più». Le imputazioni venivano formulate «senza accusatori, né fama legittimamente provata, né denuncia durante la visita pastorale», ma i sospettati erano «costretti a rispondere a molte domande sottili e a interrogatori del tutto inventati e prodotti a discrezione dei suddetti giudici». In questo modo, un ignorante, oppure un laico acuto d'ingegno, con una risposta incauta avrebbe potuto cadere in trappola ed esporsi «al pericolo di fare penitenza per il suo disonore, o di convertire la penitenza in denaro, come di solito accade». Ancora, i testimoni, anche se chiamati a sostenere l'accusa, non potevano essere «mai così gravemente screditati, come poco affidabili o credibili, [e] avversari o nemici dell'accusato». Tuttavia, in virtù di una testimonianza inadeguata, l'accusato avrebbe potuto essere condannato *ex officio* «alla penitenza, e poi alla liberazione dietro pagamento»: Public Record Office (d'ora in avanti PRO), State Papers (d'ora in avanti SP) 6/1, art. 22; ARTHUR G. OGLE, *The Tragedy of the Lollards' Tower*, Pen-in-Hand, Oxford 1949, pp. 324-30. JOHN GUY, *The Public Career of Sir Thomas More*, Harvester, New Haven (Conn.)-Brighton 1980, pp. 175-201; GEOFFREY R. ELTON, *Studies in Tudor and Stuart Politics and Government*, 4 voll., Cambridge University Press, Cambridge 1974-1992, vol. II, pp. 107-36.

[79] GUY, *The Public Career of Sir Thomas More*, cit., pp. 175-201.

e quelli esistenti sarebbero stati vagliati attentamente da una commissione nominata dal sovrano; i canoni ritenuti «incompatibili» con la prerogativa regia o con le leggi e le consuetudini del regno sarebbero stati abrogati. Questi elementi furono poi recepiti in uno statuto, una mossa ancora una volta sollecitata dal *lobbying* parlamentare contro la procedura *ex officio*[80].

L'Atto di sottomissione del clero demandò la riforma del diritto canonico a una commissione che comprendeva il re, sedici laici scelti da entrambe le Camere del Parlamento e sedici ecclesiastici[81]. Poiché la revisione proposta era un'impresa immane, si decise che le norme non «incompatibili» con la prerogativa regia, con le leggi e le consuetudini del regno, sarebbero rimaste provvisoriamente in vigore. Senz'alcun dubbio la revisione ebbe inizio, ma non sarebbe mai giunta a compimento. Per due volte Enrico VIII chiese un'autorizzazione al Parlamento per nominare i commissari[82]. Nel 1549 fu di nuovo investito del potere di nomina e nel 1552 Cranmer predispose un'ampia *Reformatio legum ecclesiasticarum*. Ma il progetto fallì in Parlamento. I pari che potevano appena tollerare la riforma dei riti e della dottrina non avrebbero accettato nemmeno la riforma della disciplina. Il rapporto di Cranmer rimase quindi manoscritto fino al 1571, quando fu stampato. Purtroppo i tentativi di ottenere l'approvazione della *Reformatio* nella sessione parlamentare di quell'anno si sbloccarono solo quando il radicale William Strickland presentò un progetto di legge per una versione riveduta del *Book of Common Prayer*. Elisabetta intervenne, e Burghley (che aveva sostenuto

---

[80] Sul diario di un cittadino londinese si legge che il 5 marzo 1534, «i Comuni si recarono dal re nel suo palazzo e lo *Speaker* fece una proposta al re in nome e nell'interesse di tutti i suoi sudditi, chiedendo a sua grazia di riformare le leggi fatte dal clero riunito nella *Convocation* contro sua grazia e i suoi sudditi al fine di chiamare in giudizio *ex officio* molti dei suoi sudditi e, senza conoscere gli accusatori, di obbligarli all'abiura o di mandarli al rogo per pura cattiveria, e per imporre decime e oblazioni contrarie alla giustizia sotto pena dei loro abominevoli anatemi; inoltre essi erano giudici e parti in causa. Perciò fu ordinato che otto membri della Camera bassa, otto della Camera alta e sedici vescovi e altri ecclesiastici avrebbero vagliato la questione e il re sarebbe stato arbitro»: cit. in John Phillips Cooper, *The Supplication against the Ordinaries Reconsidered*, «English Historical Review», n. 72, 1957, 636. John Rokewood informò Lord Lisle che quel giorno, «entrambe le Camere del Parlamento si riunirono a York Place con il re nella sua galleria per tre ore, e in seguito tutti i *Lords* si recarono a Westminster e rimasero in seduta fino alle dieci di sera»: Arthur Plantagenet Lisle, *The Lisle Letters*, ediz. a cura di Muriel St Clare Byrne, 6 voll., University of Chicago Press, Chicago 1981, vol. II, p. 66. Alla Camera dei Comuni, i giuristi continuavano a criticare i procedimenti *ex officio*. Furono trovate copie delle leggi sull'eresia del 1382, 1401 e 1414, e i loro contenuti furono confrontati meticolosamente con la Magna Carta e con altri statuti precedenti al 1414. Sulla base di questo confronto, le leggi del 1401 e del 1414 furono ritenute invalide in nove punti in quanto contrarie alla legislazione precedente sulle libertà individuali: cfr. PRO, SP 1/82, ff. 63-8.

[81] Cfr. 25 Hen. VIII, c. 19.

[82] Cfr. 27 Hen. VIII, c.15; 35 Hen. VIII. c. 16.

per tutto il tempo la riforma del diritto canonico) corse ai ripari[83].

Le leggi di Enrico VIII in materia religiosa (compreso l'Atto di sottomissione del clero) furono abrogate da Maria e le leggi sull'eresia furono reintrodotte nella loro forma medievale[84]. Tutto ciò fu comunque rovesciato nel 1559 dagli Atti di supremazia e di uniformità[85]. Il quadro giuridico durante il regno di Elisabetta si può riassumere così: 1. le corti ecclesiastiche conservarono la giurisdizione *ex officio* in virtù del vuoto creato dal fallimento della riforma del diritto canonico; 2. le corti ecclesiastiche non avevano il potere di emanare una sentenza nei confronti degli accusati che rifiutavano di prestare il giuramento *ex officio*, o nei confronti di coloro a carico dei quali non ci fossero prove sufficienti perché la legislazione medievale in materia era strettamente limitata ai casi di eresia; 3. quanto alla *High Commission*, essa poteva verosimilmente emettere una sentenza nei casi in cui gli accusati fossero contumaci o laddove le prove fossero insufficienti, ma solo se si fosse accettata l'opinione che la regina aveva espressamente autorizzato i *commissioners* ad applicare la sua prerogativa 'imperiale', in deroga alla norma delle Decretali Gregoriane per cui nessuno era obbligato a incriminare se stesso in un procedimento penale; 4. a prescindere dalla natura dell'autorizzazione dei giudici della *High Commission*, l'Atto di sottomissione del clero era stato reintrodotto nel 1559 e prevedeva che il diritto canonico era valido nella misura in cui non fosse «incompatibile» con la prerogativa regia, con le leggi e le consuetudini del regno. Come si è visto, nel caso Cawdrey un accusato era stato privato del suo beneficio contrariamente all'articolo 39 della Magna Carta e alla previsione dell'Atto di Uniformità che prevedeva la deposizione per chi «denigrava» il *Book of Common Prayer* come punizione per la reiterazione del reato.

Occorre domandarsi perché Whitgift e Cosin furono spinti a sostenere un'interpretazione del diritto canonico giuridicamente ambigua. Parte della risposta risiede nell'espansione del raggio d'azione dei procedimenti penali *ex officio* nelle corti ecclesiastiche, in parte voluta da entrambi. I reati perseguiti *ex officio* dalle corti tardo-elisabettiane andavano dall'insegnamento elementare senza permesso alla mancata custodia della Bibbia e dell'*Apologie* del vescovo Jewel per l'uso nelle chiese, dal vilipendio del clero alla

---

[83] Cfr. F. Donald Logan, *The Henrician Canons*, «*Bulletin* of the Institute of Historical Research», n. 47, 1974, pp. 99-103; 3 & 4 Edw. VI, c. 11; Norman L. Jones, *Fine Tuning the Reformation*, in John Guy e Hugh G. Beale (eds.), *Law and Social Change in British History*, Royal Historical Society, London 1984, pp. 86-95.

[84] Cfr. 1 & 2 Philip and Mary, c. 6; 1 & 2 Philip and Mary, c. 8.

[85] Cfr. 1 Eliz. I, cc. 1-2.

bestemmia, dall'ubriachezza alla violazione dell'obbligo di castità prematrimoniale, dall'interruzione del sermone al gesto di non togliersi il cappello durante la lettura del Vangelo, dalla diffamazione dei *churchwardens* al gioco del *football* di domenica, fino al lancio di una palla di neve nel sagrato di una chiesa[86]. Durante il Medioevo si era ritenuto teoricamente perseguibile un reato come la violazione dell'obbligo di castità prematrimoniale, ma in pratica si era concesso che il matrimonio «purificasse» la precedente fornicazione[87]. Così non era verso il 1600. La condotta degl'individui nelle parrocchie e nei dintorni era regolata minuziosamente dalle investigazioni *ex officio* a partire dagli anni Novanta del sedicesimo secolo[88]. Se Whitgift e Cosin avessero permesso agli accusati di sfidare la *High Commission*, l'autorità delle corti ecclesiastiche sarebbe crollata.

Un'altra ragione potrebbe scaturire dal passato di Whitgift. Da un memorandum compilato da Thomas Byng, un *civil lawyer* della *High Commission*, emerge che la revisione degli statuti dell'università di Cambridge voluta da Whitgift rese possibile al vice cancelliere citare in giudizio e investigare su qualsiasi predicatore che in un suo sermone avesse parlato contro «qualsiasi legge, ordine, o ceto di persone ecc. di questo reame»[89]. Il predicatore poteva essere obbligato a ritirare le sue affermazioni per ordine del vice cancelliere, e in caso di rifiuto avrebbe potuto essere espulso dall'università. In effetti, contro Cartwright era stato attuato questo procedimento. La questione posta dal memorandum era se nella ricerca delle prove del reato commesso dal predicatore, il vice cancelliere fosse autorizzato a procedere *ex officio* anche se ci fossero stati dei testimoni e anche se gli statuti universitari non accennassero esplicitamente alla procedura inquisitoria. Mentre ammetteva che il punto era controverso, Byng sosteneva che secondo il diritto canonico il vice cancelliere disponeva pienamente della panoplia offerta dalla procedura *ex officio*. Sono evidentemente necessarie ulteriori ricerche, ma alla luce dell'opinione di Byng è verosimile che il ricorso alle investigazioni *ex officio* fosse un'abitudine acquisita da Whitgift come vice cancelliere oltre un decennio prima di giungere a Lambeth.

Il terzo motivo emerge dal passo dell'*Apologie* in cui Cosin insisteva sul

---

[86] Cfr. Helmholz, *Roman Canon Law in Reformation England*, cit., pp. 109-17. È bene notare che molti degli esempi citati da Helmholz risalgono al periodo posteriore al 1588.

[87] Cfr. ivi, p. 110.

[88] Cfr. ivi, p. 112.

[89] LPL, MS 2004, ff. 66-8. Seguono altre (e discordanti) opinioni: cfr. ivi, ff. 68-76. Va sottolineato che la procedura in uso all'Università di Cambridge era ritenuta pertinente ai procedimenti che si svolgevano dinanzi alla *High Commission* negli anni Novanta. Questa materia meriterebbe ulteriori ricerche.

fatto che le pene inflitte dai giudici ecclesiastici a titolo di «riforma» e di «riparazione» erano da considerare per legge come *medicinae* e non come *poenae*. Rifiutare di prestare il giuramento *ex officio* era un crimine contro lo Stato. La contumacia di coloro i quali rifiutavano di prestare giuramento non era soltanto «intollerabile», ma era considerata «tendente anche al completo rovesciamento della giustizia di questo regno, se fosse tollerata». Più di qualsiasi altra opinione espressa in quello che (dopotutto) si supponeva essere un trattato *giuridico*, quest’affermazione derivava direttamente dalla mentalità autoritaria e anti-puritana che pervadeva il gruppo di Lambeth negli anni Novanta.

È sorprendente che all’*Apologie* di Cosin non seguì una risposta. Ciò non dipese dall’inattività di Morice, il quale scrisse una replica che gli fu chiaramente proibito di pubblicare[90]. Inoltre, Cosin venne indirettamente confutato nell’ottavo libro delle *Laws of Ecclesiastical Polity* di Hooker, che sarebbe però rimasto inedito fino al 1648. Era un silenzio dovuto principalmente all’arrivismo, e in parte alla censura. Il trionfo dell’interpretazione di Cosin diede ampia dimostrazione del modo in cui la ‘costituzione mista’ elisabettiana fosse tramontata. Cosin non solo difese l’interpretazione ‘imperiale’ dell’Atto di supremazia, ma sostenne la tesi dell’indipendenza costituzionale del diritto canonico dal *common law* e asserì che la Chiesa formava una *societas* separata dalla società civile[91]. Ciò rifletteva l’enfasi che i conformisti di seconda generazione ponevano sul culto e sui sacramenti e anticipava l’attacco di Laud contro il sacrilegio, ma non era troppo distante dal clericalismo e era un punto di vista ormai superato dopo la morte di Maria. Inoltre, con riferimento alle parole «*lex terrae*» dell’articolo 39 della Magna Carta, Cosin ritenne che il diritto canonico, il diritto marittimo e la legge marziale fossero parte della ‘legge’ inglese al pari del *common law* e degli statuti.

Una visione d’insieme di questi argomenti ci proietta verso il contesto degli anni Venti del diciassettesimo secolo con i dibattiti sulla *Petition of Right*, e del Lungo Parlamento con le discussioni sui canoni del 1640, l’*impeachment* di Laud e l’attacco frontale ai vescovi. Ciò non significa che ci fosse una strada maestra verso il conflitto religioso. Giacomo I desiderava la pace e l’unità della Chiesa e non può essere ritenuto responsabile per il fallimento della Conferenza di Hampton Court. Ma quando Bancroft succedé a Whitgift, la spinta conformista verso la gerarchia e l’ordine s’intensificò ulteriormente. Il dissenso e l’instabilità economica favorirono questo sviluppo.

---

[90] Cfr. LPL, MS 234.

[91] Cfr. *Apologie for Sundrie Proceedings*, in *STC*[2] 5821, cit., parte I, capp. 8, 12-15 (spec. pp. 102-14); parte II, capp. 5-10, 13 (spec. pp. 73-9); parte III, cap. 7 (pp. 85-131).

Altrettanto fecero le esigenze finanziarie, che assecondarono la tesi secondo cui la prerogativa era uno strumento amministrativo che avrebbe potuto e dovuto essere sfruttato e potenziato per aumentare le entrate e accrescere il potere del governo[92]. Inoltre, la teoria del diritto divino favorì la svolta verso il patriarcato nella società, dal momento che l'opinione secondo cui l'obbedienza degli inferiori verso i superiori era dettata da Dio sorreggeva l'autorità dei capifamiglia in generale. Tuttavia, nel campo della teoria politica era la religione a fare l'andatura. Lo strappo che intervenne tra il pensiero conformista elisabettiano di prima generazione e le rivendicazioni dell'avanguardia fu decisivo. Da questo punto di vista, l'ultimo decennio del regno di Elisabetta può essere considerato come il primo del regno di Giacomo I.

[92] Cfr. VICTOR MORGAN, *Whose Prerogative in late Sixteenth and Early Seventeenth Century England?*, in ALBERT KIRALFY, MICHELLE SLATTER e ROGER VIRGOE (eds.), *Custom, Courts and Counsel*, Frank Cass & Co., London 1985, pp. 39-64.

Chiesa e potere civile all'Elba durante gli anni francesi (1799-1815)

Andrea Labardi

1. *Un drammatico inizio*

La sera del 3 maggio 1814, alle ore 18.30, la fregata inglese *Undaunted* gettò le ancore nella rada di Portoferraio[1]. A bordo dell'imbarcazione si trovava Napoleone Bonaparte, al quale il trattato di Fontainebleau aveva assegnato l'Elba, assieme con altre isole dell'arcipelago toscano, con lo *status* di principato[2]. Il giorno successivo, alle 15.30, il nuovo signore scese a terra, accolto dal *maire* Pietro Traditi che, su un vassoio d'argento, gli offrì le chiavi della città. Questi, colto da emozione quando se le vide restituire in segno di fiducia, non riuscì a pronunciare le parole richieste dalla circostanza. Più disinvolto, al primo cittadino si sostituì nell'indirizzo di saluto il vicario generale del vescovo di Ajaccio, Giuseppe Filippo Arrighi, che invitò l'ex imperatore a prendere posto sotto un baldacchino sorretto da chierici. Seguivano immediatamente il sovrano i generali Henri Gatien Bertrand e Antoine Drouot[3], poi i commissari della coalizione: il generale austriaco Franz Koller[4], il colonnello inglese Neil Campbell, il conte Karl Clam-Martinitz

---

1 Luigi De Pasquali, *Storia dell'Elba*, Editrice Stefanoni, Lecco, 1977, pp. 6-8.

2 Antonio Archi, *Gli ultimi Asburgo e gli ultimi Borbone in Italia (1814-1861)*, Cappelli editore, Bologna,1965, pp. 32-34; Max Gallo, *Napoléon,* Mondadori*,* Milano, 1999, II, p. 7-10; David G. Chandler, *Le campagne di Napoleone,* Rizzoli, Milano, 2002, II, pp. 1189-1190; Umberto Castagnino Berlinghieri, *Congresso di Vienna e principio di legittimità. La questione del Sovrano militare Ordine di San Giovanni gerosolimitano, detto di Malta V&P*, Milano, 2006, p. 40.

3 Attualmente all'Elba prende il nome di "Casetta Drouot" un edificio storico del XVIII secolo situato a Poggio. Esso è decorato con eleganti pitture parietali che riprendono il tipico stile settecentesco isolano e che, a partire dal 1982, sono stati liberati da ben otto strati di scialbatura dal filologico intervento di Girolama Cuffaro Ferruzzi. Lo stile impero vi compare nelle ampie specchiature, dipinte con toni rosati e acquamarina, alle quali si alternano schematici motivi floreali e ripartizioni architettoniche. Cfr. Paolo Ferruzzi, *Jovis Giove Podium Poggio*, Il Libraio, Asti, 1990, *passim*.

4 Il barone Franz Koller (Münchengrätz 1767 - Napoli 1826), colto esponente dell'élite militare

e il luogotenente Thomas Hastings[5]. Dietro di loro camminavano assieme il tesoriere della corona, Guillaume Peyrusse, e il colonnello dei Polacchi, il barone dell'impero Jan Paweł Jerzmanowski[6]. A completare il gruppo

---

ed aristocratica asburgica, non solo fu tra coloro che condussero Napoleone all'Elba ma, nel 1821, ebbe anche l'incarico di intendente generale dell'esercito inviato a Napoli per reprimervi i moti insurrezionali. Combatté inoltre in Belgio e in Germania. Fu governatore della Boemia oltre che rappresentante diplomatico a Londra. In Italia introdusse la medicina omeopatica chiamando nella capitale partenopea Georg von Necker , il quale vi si trattenne quattro anni, durante i quali convertì alla nuova pratica Francesco Romani, Giuseppe Mauro e Cosmo Maria De Horatiis. Koller, che venne in possesso di interessanti vasi pompeiani, lasciò una vasta collezione di oggetti d'antiquariato, la maggior parte dei quali è attualmente custodita nell'Altes Museum di Berlino. Cfr. Karl Friedrich Hermann Albrecht, voce *Koller, Franz Freiherr von.* in *Allgemeine Deutsche Biographie,* Duncker & Humblot, Leipzig, 1882, XVI, pp. 477- 478; Rainer Egger, voce *Koller Franz Frh. von,* in *Österreichisches Biographisches Lexikon 1815-1950,* Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien, 1969, IV, p. 88.

[5] André Pons de L'Herault, *Napoléon, empereur de l'île d'Elbe. Souvenirs et anecdotes*, présenté et annoté par C. Bourachot, Les éditeurs libres, Bize-Minervois, 2005, pp. 37-38; Luigi De Pasquali, *Napoleone all'Elba (1814-1815)*, Editrice Stefanoni, Lecco, 1975², pp. 7-10. Neil Campbell (1° maggio 1776-14 agosto 1827) ha lasciato un resoconto sulla propria esperienza elbana che adesso si può leggere in *Napoleon on Elba. Diary of an eyewitness to exile*, edited by Jonathan North, Ravenhall Books, Welwyn Garden City, 2004.
Karl Joseph Nepomuk Clam-Martinitz (Praga, 23 maggio 1792-Vienna, 29 gennaio 1840), entrato nell' esercito nel 1809, negli anni 1831-32 fu inviato speciale a Berlino al congresso della commissione militare della Confederazione tedesca. Come aiutante di campo dell'imperatore dal 1835, e dal 1836 come capo della sezione militare in seno al Consiglio di Stato austriaco, Clam rivestì due delle più importanti cariche militari dell'impero. Egli fu uno dei fedeli del partito di Metternich. Cfr. Constant von Würzbach, *Biographisches Lexikon des Kaiserthums* Österreich, Verlag der Typographisch-Literarisch-Artistischen Anstalt, Wien, 1857, II, pp. 379-381; *British Envoys to Germany 1816–1866, II, 1830–1847*, a cura di Sabine Freitag, Markus Mösslang, Peter Wende, London, 2002, pp. 542-543; Alan Sked, *Radetzky, imperial victor and military genius,* I. B. Tauris & Co Ltd, London 2010, p. 231. Thomas Hastings (1790-1870), che concluse la sua carriera col rango di ammiraglio, non fu il solo membro importante della sua numerosa famiglia. Parente di Warren Hastings, primo governatore generale delle Indie Orientali, fu anche fratello di Sir Charles Hastings, fondatore della British Medical Association. V. *amplius* William H. McMenemey, *The life and times of Sir Charles Hastings founder of the British Medical Association*, E. & S. Livingstone, Edinburgh, 1959.

[6] Joseph Roux Peyrusse (1776-1860) deve principalmente la propria fama all'incarico di tesoriere generale della corona durante i Cento giorni. Alcuni giudizi mal ponderati che Napoleone si lasciò sfuggire a Sant'Elena coinvolsero anche Peyrusse, ingiustamente accusato di essersi appropriato di 300 000 franchi in lettere di cambio. Dopo la morte dell'imperatore egli riuscì a smontare le accuse con una minuziosa ricostruzione documentale della propria attività. Napoleone III per allontanare ogni dubbio circa la sua onorabilità, nel luglio del 1853, lo insignì del grado di «Commandeur» della legion d'onore. Cfr. Guillaume Peyrusse, *Mémorial des archives de Baron Peyrusse*, Labau éditeur, Carcassonne, 1869; Id., *Lettres inédites de Guillaume Peyrusse "à son frère André" 1809-1814*, publiées par Léon Pelissier, Perrin, Paris, 1894; Paul-Jean-Michel-Raoul Frémont, *Les payeurs d'armées, historique du Service de la trésorerie et des postes aux armées*, Plon-Nourrit, Paris, 1906, I, *passim*. Il polacco Jan Paweł Jerzmanowski (1779-1862), non solo fu a fianco di Napoleone durante soggiorno elbano, ma condivise con lui il dramma di Waterloo. È sepolto al cimitero di Montmartre accanto al poeta Juliusz Słowacki. Cfr. Ugo Pericoli, *1815. The armies at Waterloo,* Scribner Book Company, London, 1973; Christopher. Summerville, *Who was Who at Waterloo. A Biography of the Battle,* Routledge, London, 2014, pp. 209-213.

dei dignitari della casa imperiale si trovavano poi i due *fourriers* di palazzo, Pierre Deschamps e Pierre-Quentin Joseph Baillon, il medico Louis Foureau de Beauregard, il chirurgo Apollinaire Émery e il farmacista François Gatte [7]. Tra ali di folla esultante, al suono delle campane misto al fragore delle artiglierie, il figlio di donna Letizia, il caporale corso tiepido di fede, fu condotto nella chiesa principale della piccola città quasi con gli stessi onori che la Chiesa riserva all'augusto sacramento. Napoleone indossava la divisa di cacciatore della guardia imperiale, impreziosita dalla stella della legione d'onore, dall'insegna della Corona ferrea e dalla croce della Riunione. Nel modesto edificio parato a festa alla bell'e meglio un inginocchiatoio era riservato al principe che vi prese posto servito da improvvisati ciambellani.

I destini di Francesi ed Elbani si erano incrociati qualche lustro prima dell'inatteso sbarco e in modo piuttosto doloroso. All'alba del 6 aprile 1799 Miollis aveva guidato una spedizione punitiva contro gli abitanti di Capoliveri, dominio del principe Boncompagni, rei di una imboscata contro alcuni soldati francesi impegnati nell'assedio della fortezza di Longone, sottoposta invece alla sovranità del re di Napoli. I militari irruppero nell'abitato semideserto, dove i personaggi più ragguardevoli avevano trovato rifugio nella villa del tenente colonnello Vincenzo Sardi. Tra gli ospiti più ragguardevoli

---

[7] Deschamps (1773-1844) e Baillon (1776-1840), già *gendarmes d'élites* e *fourriers du Palais* alle Tuileries, all'Elba furono promossi al rango di prefetti di palazzo. Tra i due, a detta di Pons de l'Herault, era Baillon a riscuotere le simpatie delle persone con cui veniva a contatto, sebbene Deschamps fosse dotato di maggiore talento. Sul loro abbigliamento di servizio v. Ronald Pawly, *Napoleon's Imperial Headquarters. Organization and Personnel*, Osprey Publishing, Oxford, 2004, pp. 12-14. Foureau de Beauregard (1774-1848), dopo essere stato a Parigi medico delle scuderie imperiali, sull'isola toscana divenne medico personale del sovrano e membro del Consiglio sanitario presieduto dall'intendente generale Balbiani. Non godeva della stima di Pons de l'Herault che lo dipinse come pettegolo, adulatore e mediocre. Giudicato troppo costoso, a Sant'Elena sarà sostituito dal più parco Francesco Antonmarchi. Più diplomatico, sebbene non particolarmente abile nella sua professione, si mostrò sempre il farmacista Gatte, di Abbeville (1789-1832), il quale era stato ingaggiato a Fontainebleau nei giorni dell'abdicazione pressoché casualmente. Quantunque fosse attribuita alla sua negligenza la morte del figlio neonato di Bertrand, riuscì a contrarre un ottimo matrimonio prendendo in moglie una delle più belle e ricche fanciulle di Portoferraio, Maria Maddalena Ninci, detta Bianchina, figlia di Lorenzo, commerciante noto anche per essere fratello dello storico Giuseppe Ninci. Stando alle precise rendicontazioni del Peyrusse, a lui spettavano 7.800 franchi annui. Anche Joseph Augustin Apollinaire Émery (1786-1821) si trovò a Fontainebleau al momento dell'abdicazione ma, al contrario del farmacista, per esservi accorso volontariamente assieme ad altri fedelissimi. Cruciale è il ruolo che giocò nel preparare la fuga dall'isola e l'avanzata vittoriosa sino a Parigi. Napoleone lo nominò nel proprio testamento affidandogli il compito di distribuire, assieme a Larrey, chirurgo capo della *Grande Armée*, un legato di 300.000 franchi ad ufficiali e soldati del battaglione della guardia elbana ancora viventi oppure alle loro vedove o figli. Cfr. André Pons de L'Herault, *op. cit.,* pp. 58, nt. 52 e 53, 94, 342; Claudio Adriani, *I medici di Napoleone all'Elba*, ne *Lo Scoglio*, 90/91, 2010/2011, pp. 30-35; 40-48; voce *Deschamps (Pierre, chevalier)*, in Danielle Quintin, Bernard Quintin, *Dictionnaire des colonels de Napoléon.* SPM, Paris, 2013[3], p. 268.

dell'ufficiale vi era un sacerdote, Assunto Bartolini, che sarebbe stato a lungo il principale protagonista delle vicende ecclesiastiche dell'Elba. Gli invasori, dopo essersi impadroniti di danaro e preziosi, condussero il padrone di casa e il presbitero prigionieri a Portoferraio[8].

Come vedremo, iniziati sotto questo pessimo auspicio, i rapporti del Bartolini con la Francia saranno sempre circondati da un misto di livore e cautela. Pochi mesi dopo, il 19 luglio 1799, i Francesi furono costretti a ritirarsi dall'isola, che tornò in possesso degli antichi padroni, Napoli, il Granducato di Toscana e il Principato di Piombino. Il breve periodo fu tuttavia sufficiente per la costituzione di un gruppo di giacobini, successivamente processati, tra i quali spicca il nome di Antonio Coppi, che vedrà premiata la propria militanza, nel 1806, con la carica di cappellano della Confraternita del SS. Sacramento di Portoferraio [9].

Le nuove fortune del generale còrso non entusiasmarono gli Elbani, in larga maggioranza antifrancesi. Perciò, quando il 14 luglio 1800, un mese dopo la battaglia di Marengo, l'arciprete di Portoferraio, Michele Pandolfini Barbieri, invitò i propri parrocchiani alla prudenza, questi riempirono le piazze inscenando manifestazioni contro i vincitori[10]. Ad onta del trattato di Lunéville, il governatore di Portoferraio, Carlo De Fisson, si rifiutò di consegnare pacificamente la città ai soldati di Napoleone, accampando a pretesto la mancanza di un espresso ordine del granduca Ferdinando III[11]. Il clima si fece teso al punto che i Francesi intimarono al vescovo di Massa Marittima, Francesco Toli, di porre termine al proprio soggiorno sull'isola

[8] Vincenzo Mellini Ponçe de Léon, *Delle memorie storiche dell'Isola d'Elba. I Francesi all'Elba,* Raffaele Giusti, Livorno, 1890, pp. 50-54.

[9] Carlo Francovich, *Massoni e giacobini all'isola d'Elba durante l'occupazione francese*, in *Rivista di Livorno*, VI (1956), pp. 227, 244; Marcella Deambrosis, *I Giacobini toscani e la libertà italiana*, Leo S. Olschki, Firenze, 1980, *passim*; Carlo Mangio, *I patrioti toscani fra Repubblica etrusca e Restaurazione*, L. S. Olschki, Firenze, 1991, pp. 197, 248, 406.

[10] Raffaele Ciampini, *Un tumulto antifrancese a Portoferraio*, in *Rivista italiana di studi napoleonici*, XXVII (1970), 27, pp. 182-194; Roberto Adriani, *Istituzioni elbane dell'Età napoleonica. La politica ecclesiastica (1799-1815)*, Tesi di Laurea discussa presso la Facoltà di scienze Politiche dell'Università degli Studi di Pisa, a.a. 2000-2001, relatrice Anna Vittoria Bertuccelli Migliorini, pp. 55-56.

[11] Cesare De Laugier*, Fasti e vicende degl' italiani dal 1801. al 1815*, s.l., 1829, I, pp. 169-196; Pietro Colletta*, Storia del reame di Napoli*, Baudry, Parigi, 1837, pp. 308-309; Gennaro Marulli, *Ragguagli storici sul regno delle due Sicilie dall'epoca della francese rivolta fino al 1815*, Luigi Iaccarino, Napoli, 1845, II, pp. 82-86; Antonio Zobi, *Storia civile della Toscana dal 1737 al 1848*, presso Luigi Molini, Firenze,1851, III pp. 475-478; Niccolò Giorgetti, *Le armi toscane e le occupazioni straniere in Toscana (1537-1860). Saggio di cronaca militare toscana*, Tipografia dell'unione arti grafiche, Citta di Castello, 1916, II, pp. 257-288, Franz Pesendorfer, *Ferdinando III e la Toscana in età napoleonica*, trad. it., Sansoni, Firenze 1986, pp. 281-284; *La Toscana e la rivoluzione francese*, a cura di Ivan Tognarini, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1994, pp. XXXV-XXXIX.

e di far ritorno in continente, pena la dichiarazione di vacanza della sede[12]. L'assedio di Portoferraio divenne inevitabile e alle milizie d'oltralpe fu possibile l'accesso in città solo l'11 giugno 1802. Con la pace di Amiens l'Isola non era stata incorporata al Regno d'Etruria, ma annessa direttamente alla Francia, cui tutte le autorità civili prestarono giuramento il 4 luglio dello stesso anno[13]. Il ritorno dell'isola nell'orbita parigina assistette all'ascesa di esponenti dell'alta amministrazione di orientamento decisamente laico. Uno di questi, Joseph Briot, elemento di punta del movimento antigiacobino nel 1799, fu nel 1802 commissario di Governo e membro della loggia massonica fondata a Portoferraio[14].

Il 1° settembre, tra i cittadini elbani invitati a Parigi dal governo francese per definire la riorganizzazione dell'isola vi fu anche Michele Pandolfini Barberi, che l'anno successivo sarebbe divenuto Priore della basilica fiorentina di S. Lorenzo. Fu proprio lui ad esordire di fronte a Napoleone con i consueti omaggi[15]. Ciononostante, tanto a lui quanto al suo successore, Andrea Burlini, fu destinato ad un ruolo marginale rispetto a quello del Bartolini, curato della più modesta parrocchia di Capoliveri.

Il 12 gennaio 1803 fu emanato il decreto di riorganizzazione dell'Elba e delle isole annesse, nel quale, tra l'altro, si prevedeva che ciascuna delle sette municipalità del territorio avrebbe formato una parrocchia, affidata ad un

---

[12] Nato a Livorno il 4 marzo 1761, dopo aver conseguito il dottorato *in utroque iure*, fu canonico, vicario capitolare, vicario generale ed esaminatore sinodale. Ricoprì la cattedra massetana dal 22 settembre 1795, prima di passare in quella pistoiese il 28 marzo 1803. A Pistoia morì il 6 luglio 1833. Cfr. . Pius Bonifacius Gams, *Series episcoporum Ecclesiae catholicae quotquot innotuerunt a beato Petro apostolo*, Regensburg, 1873-1886 (Graz, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1957), pp. 751, 756; Remigius Ritzler - Firminus Sefrin *Hierarchia catholica medii et recentioris aevi* , Messaggero di S. Antonio Padova,1968,VII, p. 308; Bruna Bocchini Camaiani, *I vescovi toscani nel periodo lorenese*, nel vol. *Istituzioni e società in Toscana nell'età moderna. Atti delle giornate di studio dedicate a Giuseppe Pansini (Firenze, 4-5 dicembre 1992)*, Ministero per i Beni Culturali e Ambientali, Roma, 1994, II, p. 714.

[13] Sandro Foresi, *L'Elba illustrata*, Editore S. Foresi, Portoferraio,1923, p. 56.

[14] Eugenio Di Rienzo, *Neogiacobinismo e movimento democratico nelle rivoluzioni d'Italia (1796-1815)*, in *Studi Storici. Rivista dell'Istituto Gramsci*, XLI (2000), 2, pp. 425-426; Gianfranco Vanagolli, *Per una storia della Loggia des Amis de l'Honneur Français à l'Orient de Portoferrajo. Itinerari massonici in Toscana nell'età napoleonica*, Le opere e i giorni, Livorno, 2009, pp. 10-12.

[15] Roberto Adriani, *Istituzioni elbane*, cit, p. 75. Sul Pandolfini Barberi, il quale, tra le altre cose, col suo testamento olografo del 14 marzo 1847 lasciò alla Pia Casa di lavoro fiorentina, istituzione destinata all'istruzione professionale degli indigenti creata in età napoleonica e successivamente accresciuta dai Lorena, un'importante eredità, cfr. Giuseppe Ninci, *Storia dell'Isola d'Elba scritta da Giuseppe Ninci e dedicata alla Sacra Maestà di Napoleone il Grande Imperatore*, Portoferraio, Broglia, 1815, p. 217; Cesare De Laugier, *op. cit.*, II, p. 235; Antonio Zobi, *op. cit.*, III, p. 517, nt. 32; Luigi Passerini Orsini de Rilli, *Storia degli stabilimenti di beneficenza e d'istruzione elementare gratuita della città di Firenze*, Le Monnier, Firenze, 1853, p. 594.

curato[16]. Il decreto prevedeva inoltre la migrazione delle citate parrocchie dalla diocesi di Massa Marittima in quella di Ajaccio.

Prima dell'intervento parigino, esistevano otto cure (Portoferraio, Longone, Rio, Capoliveri, Marciana Poggio, S. Piero, S. Ilario), tre vice cure (Marina di Longone, Marina di Rio, Marina di Marciana) e la cappellania di Marina di Campo. Da una relazione inviata dal Bartolini al vicario generale della diocesi di Ajaccio, François Ciavatti, il 23 aprile 1806[17], apprendiamo altresì che a Portoferraio il parroco poteva contare sull'aiuto di due sacerdoti denominati vice curati, e che di un collaboratore con la stessa qualifica potevano avvalersi i parroci di Rio e di Capoliveri[18]. Dalla stessa fonte è possibile inoltre apprendere che, mentre l'arciprete di Portoferraio e i suoi subalterni erano sudditi granducali, il curato e il vice curato rispettivamente di Longone e di Marina di Longone erano soggetti al re di Napoli, mentre il clero di Rio, Marina di Rio, Capoliveri, Marciana, Poggio, Marina di Marciana, S. Piero, S. Ilario e Marina di campo era sottoposto *in temporalibus* al principe di Piombino, bollato come «sovrano che non sapeva difender l'ordine»[19].

---

[16] Giuseppe Ninci, *op. cit.*, pp. 218-219.

[17] François Ciavatti, originario di Poggiolo d'Ampugnani, era un ex professore di Teologia dogmatica del seminario della Porta. Possedeva una discreta conoscenza del Diritto canonico e di quello pubblico, oltre ad essere esperto di letteratura profana. Giansenista, diffuse nell'isola gli scritti di Port Royal e i quattro articoli del 1682. Nel 1798 fu anche professore di grammatica generale presso la scuola centrale del Golo. La sua nomina a vicario generale suscitò scalpore poiché era stato tra coloro che avevano accettato di prestare il giuramento di fedeltà imposto al clero dalla legislazione rivoluzionaria. Pierre Paul Marchesi, altro vicario, era anch'egli docente, ma nel seminario minore di Belgodere, suo paese natale. Rimasto fedele ai principi ultramontani, aveva addirittura subito l'esilio assieme con il vescovo Pierre de Peineau du Verdier. A detta dei suoi detrattori, il gallicano Ciavatti mostrava un carattere disinvolto e nervoso, mentre all'ultramontano era legata un'immagine di compostezza e spirito devoto. Morto il vescovo Sebastiani, i Còrsi avrebbero desiderato un altro della stessa famiglia, ma a seguito di numerose opposizioni la nomina fu sospesa. Quando i parenti dello scomparso presule videro vanificata la propria aspirazione, caldeggiarono la nomina dell'ormai ottuagenario Ciavatti, il quale tuttavia non fu ritenuto idoneo dal ministro dei Culti, non solo a motivo dell'avanzata età, ma anche per una sua disinvoltura nelle parole e negli atteggiamenti ritenuta troppo secolare. Malgrado l'intervento dell'incaricato pontificio a Parigi, la sede restò vacante per oltre venti mesi prima dell'elezione di Toussaint Casanelli. Cfr. Francesco Ottavio Renucci, *Storia di Corsica,* Tipografia Fabiani, Bastia, 1833, I, pp. 187-191; Ersilio Michel, *Una laboriosa nomina alla sede vescovile di Aiaccio (1831- 1833)*, in *Archivio. Storico di Corsica*, XIV (1938), I pp. 71-84; François-Joseph Casta, *Le diocèse d'Ajaccio*, Éditions Beauchesne, Paris, 1974, p. 163; Nedo Tavera, *Elisa Bonaparte Baciocchi, principessa di Piombino*, Editrice Giuntina, Firenze, 1982, pp. 76-79.

[18] Archivio Storico Comunale di Portoferraio (ASCP), a44, *Archivio del Governo di Portoferraio, Ricevitori generali, Clero, Istruzione Pubblica, Prefetti 1804-1815*, Lettera di Assunto Bartolini al vicario generale Ciavatti del 23 aprile 1806, cc. n. nu.

[19] Ivi, cc. n. nu. Gli ultimi effettivi principi di Piombino furono Gaetano (1706-77) e Antonio (1735-1805) Boncompagni Ludovisi. Quando il figlio di Antonio, Luigi Maria (1767-1841), cercò al congresso di Vienna di riottenere il principato, riscosse pieno successo sul piano formale; di fatto,

Obbedendo a quel principio di razionalizzazione e di semplificazione delle circoscrizioni territoriali che, a partire dalla rivoluzione francese aveva investito gli stati al pari dei dipartimenti e dei municipi, con l'annessione alla Francia il numero delle cure si restrinse a sei: Portoferraio, Longone (con la Marina di Longone), Rio (con la marina di Rio), Capoliveri, Marciana (con la Marina di Marciana e Poggio), S. Piero (con la Marina di Campo e S. Ilario)[20]. Almeno formalmente, la riduzione della diocesi toscana avvenne con il consenso del suo vescovo. In realtà, il 5 settembre 1802 il Cardinale Caprara aveva inviato al presule una lettera da Parigi con cui lo metteva al corrente della decisione politica[21]. Era stato difatti il ministro dei culti Jean Étienne Portalis a domandare lo smembramento. Ciò in coerenza con quanto stabilito nel Concordato del 1801, alla cui stesura egli aveva dato un contributo decisivo. Come è noto, l'accordo escludeva che la giurisdizione di un vescovo soggetto ad un'autorità straniera potesse esercitarsi entro i confini della repubblica francese[22]. Onde fugare ogni eventuale dubbio, il 19 ottobre il nunzio pontificio a Firenze, Giuseppe Morozzo[23], aveva fatto

---

tuttavia, i suoi diritti gli furono liquidati nella somma di ottocentomila francesconi dal granduca di Toscana, che così procedeva al completamento territoriale del proprio stato, mentre il Boncompagni conservava per sé e i suoi discendenti il mero titolo di principe di Piombino. Circa la sovranità esercitata dalla famiglia Boncompagni Ludovisi sul Principato di Piombino, e quindi anche sull'Elba, cfr. Pietro Ercole Visconti, *Città e famiglie dello Stato pontificio*, Tipografia delle scienze, Roma, 1847 III, pp. 797-846; Licurgo Cappelletti, *Storia della città e Stato di Piombino dalle origini fino al 1814*, Tipografia R. Giusti, Livorno, 1897, pp. 327-452; Carlo Somasca, *I Boncompagni e i Boncompagni Ludovisi dal MDLVIII al MCMXXXV*, a cura di Filippo Cancani Montani, Roma, Sansaini, 1955, *passim*; Luigi Alonzi, *Famiglia, patrimonio e finanze nobiliari. I Boncompagni (secoli XVI-XVIII)*, Lacaita, Manduria-Bari-Roma, 2003, pp. 195-196, 328.

[20] ASCP, c52, *Archivio del Governo di Portoferraio*, *Diocèse d'Ajaccio,* État *Nominatif des Ecclesiastiques de l'Isle d'Elbe*, cc. n.nn; Roberto Adriani, *Istituzioni elbane*, cit., p. 93.

[21] Marcello Papini, *La Diocesi di Massa e Populonia nella bufera napoleonica*, Circolo Culturale S. Antimo, Piombino, 1999, Appendice B3, p. X.

[22] Michele Ansalone, *La rottura delle relazioni diplomatiche fra la Francia ed il Vaticano. Brevi considerazioni sul Concordato Napoleonico del 1801*, Tipografia Ed. Meridionale, Napoli, 1904; Francesco Manzoli, *Osservazioni sulla politica ecclesiastica di Napoleone. Note in margine al Concordato napoleonico del 1801*, Giuffrè, Milano, 1979, *passim*; Daniele Arru, *Alcune notazioni nel bicentenario degli Articoli Organici annessi al Concordato napoleonico*, in *Clio*, a. 39 (2003) , p. 375-387; Mario Tedeschi, *I concordati nell'età della rivoluzione e della restaurazione*, in questa *Rivista*, n. 2, 2007, pp. 339-346; Geoffrey Ellis, *Napoleon. Profiles in power*, Routledge, New York, 2013, pp. 59-66; Clive Emsley, *Napoleon. Conquest, Reform and Reorganisation*, Routledge, New York, 2013, pp. 49-53.

[23] Brillante esponente dell'aristocrazia piemontese settecentesca, il futuro cardinale Giuseppe Morozzo Della Rocca (Torino, 12 marzo 1758-Novara, 22 marzo 1842) nacque dal matrimonio del Giuseppe Francesco Lodovico, marchese di Brianzè con la contessa Lodovica Cristina Bertone Balbis di Sambuy. Dopo il dottorato in Teologia intraprese la carriera accademica sino a divenire rettore dell'Ateno torinese. Ordinato presbitero il 14 marzo 1802, fu promosso arcivescovo titolare di Tebe il 29 marzo dello stesso anno e pochi mesi dopo fu inviato a Firenze in qualità di nunzio apostolico. Grazie alle sue doti organizzative, cinque anni dopo fu nominato segretario della Con-

pervenire al Toli una lettera del Cardinale Ercole Consalvi nella quale si avvisava che il riordino territoriale delle diocesi, così come sollecitato dalla Francia, poteva avvenire anche senza l'assenso dei vescovi interessati, il cui coinvolgimento andava attribuito a ragioni di mera cortesia. Unica consolazione, destinata a rivelarsi illusoria, era costituita da una vaga promessa di compenso da domandarsi al re d'Etruria[24].

Francesco Toli non si fece troppo pregare e, l'8 novembre 1802, rispose da Siena al Caprara di non opporsi a quanto gli si domandava[25]. Tuttavia, fu solo nel 1805 che il vescovo Luigi Sebastiani prese possesso dell'isola[26], che fino a tale data continuò ad essere provvisoriamente amministrata dal vescovo di Massa. A complicare il quadro intervenne il trasferimento del Toli nella Diocesi di Pistoia e, conseguentemente, il lungo interregno del vicario generale capitolare Lorenzo Batassi, che durò dal 21 aprile 1803 al 24 dicembre 1818, quando si insediò il nuovo vescovo, Giuseppe Mancini[27]. Il

---

gregazione dei Vescovi e Regolari. Dopo avere ottenuto la porpora nel 1816, l'anno successivo fu posto a capo della diocesi di Novara, di cui organizzò i seminari e ripristinò le strutture territoriali e amministrative. Nel 1832 venne nominato visitatore e delegato apostolico di tutti gli ordini regolari esistenti nel Regno di Sardegna. Cfr. Gustavo Avogadro di Valdengo, *Notizie biografiche di S. Eminenza Reverendissima il cardinale Giuseppe Morozzo arcivescovo-vescovo di Novara*, Tipografia capitolare di Pietro Alberto Ibertis, Novara, 1842; Pius Bonifacius Gams, *op. cit*., p. 821; Niccolò Del Re, *La curia romana. Lineamenti storico-giuridici*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1998[4], pp. 338-340.

[24] Marcello. Papini, *op. cit.*, appendice B7, p. XIV. Sulla religiosità della monarchia borbonica e sulla sua generosità con il clero e con i religiosi v. Antonio Zobi, *op. cit.*, III, pp. 527-533; L. Dal Pane, *La finanza toscana dagli inizi del secolo XVIII alla caduta del Granducato*, Milano, Banca commerciale italiana, 1965, pp. 215-226; M. Cini, *Riforme e discussioni monetarie negli anni del Regno d'Etruria*, *in*Rassegna storica toscana (=RST), LIV (2008), pp. 49-72.

[25] Marcello Papini, *op. cit.*, appendice B6; pp. XII-XIII. Il livornese Francesco Toli già vicario capitolare e professore di eloquenza presso il locale seminario, veniva su presentazione del granduca Ferdinando III nominato vescovo da Pio VI e consacrato a Roma il 27 settembre 1795, prima del proprio ingesso nella diocesi l'8 dicembre dello stesso anno. Divenuto vescovo di Prato e Pistoia nel 1803, morì di apoplessia il 6 luglio 1803. Cfr,; Pius Bonifacius Gams, *op. cit.*, p. 756; Gaetano Badii, *Massa Marittima. Il Comune, il Mandamento, la Diocesi,* Massa Marittima, Tipografia Pallini, 1926, p. 122.

[26] Louis Sébastiani de La Porta (1745-1831) nacque a Polveroso, in Corsica. Dopo l'ordinazione presbiterale divenne prima curato di Poghju Mezana, poi pievano di Tavagna. Grazie all'influenza del nipote Orazio, aiutante di campo di Napoleone, il 24 giugno 1802 fu consacrato vescovo nella chiesa di Saint Roch a Parigi. Otto anni più tardi fu creato barone dell'impero. I contemporanei accusarono il Sebastiani, oltre che di essere un burattino nelle mani della nipote Angela, definita l'Olimpia Maidalchini còrsa, di opportunismo, poiché all'entusiasmo per Napoleone aveva disinvoltamente sostituito quello per i sovrani restaurati. Le sue spoglie furono inumate ad Ajaccio, nella tomba gentilizia del generale Tiburce Sébastiani, altro suo nipote, mentre il cuore fu deposto in una cappella a La Porta d'Ampugnani Cfr. Francesco Ottavio Renucci, *op. cit.*, II, pp. 315-318; Antoine-Claude-Pasquin Valery, *Viaggi alle isole di Corsica, d'Elba e di Sardegna*, Milano, Tipografia Pirotta, 1842, II, pp. 130-133; Pius Bonifacius Gams, *op. cit.*, p. 764; François-Joseph Casta, *op. cit.*, p. 162.

[27] Giuseppe Mancini, patrizio fiorentino e vicario generale della sua diocesi, fu preconizzato ve-

provicario Bartolini fu pertanto costretto a destreggiarsi tra la diffidenza delle autorità civili e la provvisorietà di quelle ecclesiastiche. In tanta incertezza, il 27 aprile del 1804, indirizzò al commissario generale dell'sola, Giovanni Battista Galeazzini[28], una lettera in cui metteva per iscritto, quasi nella forma di dieci articoli, le istruzioni ricevute oralmente, al fine di documentarne la provenienza dallo stesso commissario che, in effetti, siglò la propria approvazione in calce alla missiva[29]. Da questa apprendiamo che negli ultimi giorni di febbraio il Bartolini aveva domandato al commissario, «con umili preghiere», di consentire alla curia ecclesiastica l'esercizio della tradizionale giurisdizione temporale, in attesa che fosse regolato il definitivo assetto del clero elbano. Il funzionario aveva risposto che, incaricato di decidere in luogo del troppo lontano ministro dei culti, egli non poteva autorizzare, in territorio divenuto francese, una disciplina troppo distante da quella vigente oltralpe. Pertanto, fu irremovibile sui seguenti punti, che riportiamo con le parole del sacerdote:

> I Che la Curia Ecclesiastica in Massa non debba esercitare potere veruno nelle Cause Civili, siano contro i Preti per porsi effetti civili, siano contro il Laici per dipendenze Ecclesiastiche, eccetto il caso, che le parti se la eleggessero per giudice di consenso.
>
> II Che nelle Cause Temporali e Criminali non debba la Curia Ecclesiastica avere altra parte, che quella di una correzionale da non esigersi se non con l'intelligenza, e l'approvazione del Governo, e ciò per qualche piccola mancanza da rilevarsi sommariamente, senza figura e strepito di giustizia, e che unicamente concernerà lo stato dell'ecclesiastico non quello del cittadino.
>
> III Che qualunque Editto, Ordine, Decreto, Citazione, Sentenza, o altra Provvisione, o Legge relativa non solo alla condotta dei Chierici, ma in qualunque modo appartenente alla potestà Ecclesiastica non possa essere eseguita o pubblicata senza la intelligenza ed approvazione del Governo.

---

scovo nel concistoro del 2 ottobre 1818 e consacrato il 4 dello stesso mese. Il 12 luglio del 1824 fu promosso alla sede metropolitana di Siena. Pius Bonifacius Gams, *op. cit.*, p. 756; ivi *Supplementum I*, p. 41; Gaetano Badii, *op. cit.*, pp.122-123.

[28] Su Giovanni Battista Galeazzini (Porto Venere, 23.10.1759-Bastia, 23.05.1833) v. Eugène F.-X. Gherardi, *Formes et figures de la sociabilité littéraire et scientifique en Corse*, nel vol. *Histoire de l'*école *en Corse*, sous la dir. de Jacques Fusina, coordination Eugène F.-X. Gherardi, Dominique Verdoni, Albiana, Ajaccio, 2004, pp. 279, n. 58, 293; Id., *Pasquale Paoli. Portraits,* évocations *littéraires et représentations historiques de Pasquale Paoli, XVIIIe-XIXe siècles*, Albiana, Ajaccio, 2007, pp. 115-116; Vanessa Alberti, *L'imprimerie en Corse, des origines à 1914. Aspects idéologiques,* économiques *et culturels*, Ajaccio, Albiana, 2004, pp.17, 71, 302-303, 346.

[29] Archivio Storico Diocesano di Massa Marittima (ASDMM), *Corrispondenza dell'Elba*, Capoliveri, 1800-1805, c. 2rv; Roberto Adriani, *Istituzioni elbane*, cit., pp. 122-123; 226-228.

IV Che come contraria alla legge dello Stato non possa permettersi veruna questua per i Padri di Terrasanta.

V Che in caso di presentarsi alla Curia Ecclesiastica alcun Religioso, o qualsiasi persona che chieda licenza di questuare nell'Isola, la medesima non possa accordarla, come parimenti proibito dallo Stato.

VI Che i Religiosi, i Preti e affini, che venissero nell'Isola o di passaggio, o per restarvi non possino [*sic*] essere ammessi alla celebrazione della messa, se non dopo che saranno riconosciuti dal Governo i loro passaporti e avranno ottenuto dal medesimo la solita Carta di Sicurezza.

VII Che in tutto quello, che non fosse stato contemplato da queste istruzioni provvisorie date a voce riguardo del potere temporale dei Cittadini Ecclesiastici o no, la più sicura strada sarebbe sempre stata quella di porre a corrente del Governo. Circa poi gl'ultimi del detto Mese Ventoso, circa il 20 Marzo coll'occasione, che dovevano partire per Massa per l'ordinazione diversi chierici dell'Isola mi fece sapere per mezzo del Giudice di Capoliveri mio fratello.

VIII Che nessuno potesse <essere ordinato> [?] senza l'indicazione del nome al Governo e da esso approvata.

IX Che non possa accordarsi a verun ecclesiastico dell'Isola veruna lettera ambulatoria, o in qualunque modo il permesso di assentarsi dalla medesima, se prima non avrà riportato il consueto passaporto dal Governo.

Relativamente poi alla potestà spirituale, tanto in detto abboccamento, quanto per mio fratello, e in tutte le occasioni, e circostanze si è sempre detto:

X che la Chiesa, e i suoi ministri sono nella piena libertà di esercitarla a forma dei regolamenti canonici, e solo nell'amministrazione del Sacramento del matrimonio mi fece sapere a mezzo del viceparroco Burlini di codesta città sotto il 18 Nevoso, 9 Gennaio, e meglio a voce per detto Giudice mio fratello, che qualora alcuno prima di presentarsi alla chiesa per celebrarlo avesse voluto premettere il Contratto Civile alla Mairia, la Curia Ecclesiastica non lo potesse impedire, ma anzi far sapere che non vi era peccato, come in realtà non vi è, e nel retto poi operare porre i soliti regolamenti, tanto precedenti che concomitanti il S. Sacramento[30].

Prudentemente il parroco di Capoliveri inviò copia di questa missiva alla curia massetana per metterla al corrente dei reali margini di manovra a propria disposizione.

[30] ASDMM, *Corrispondenza dell'Elba*, 1800-1805, *Approvazione del Commissario Generale dell'Elba sopra diverze (sic) istruzioni riguardanti la disciplina ecclesiastica, diverze* (sic) *da quelle di tutta la Francia,* c. 2rv; Roberto Adriani, *Istituzioni elbane*, cit., pp. 226-228.

2. *La nomina del vicario Arrighi*

Il 1° marzo 1805 al Galeazzini fu recapitata una lettera firmata dal ministro dei culti Portalis che notificava la nomina di Luigi Antonio Arrighi a provicario generale dell'isola, avvenuta con decreto dell'8 febbraio precedente[31]. Difatti, per assicurare un'efficiente amministrazione della propria diocesi, il Sebastiani aveva proceduto alla nomina di tre vicari generali: il canonico Domenico Maria Arrighi, curato d'Ajaccio, per il dipartimento del Laimone, Giovanni Battista Sebastiani, curato di Porta, per quello di Golo, e Luigi Antonio Arrighi, oltre che per l'Elba, per Piombino e per Capraia[32]. Il Bartolini non uscì di scena. Anzi, fu lui a prendere il "corporal possesso" del territorio elbano in nome e per conto del vescovo di Ajaccio. La cerimonia avvenne il 18 aprile nella chiesa arcipretale di Portoferraio, radunati tutti i curati dell'isola di fronte alla locale Municipalità[33]. Lo stesso giorno avvenne l'insediamento del presule. Non stupisce dunque apprendere che, con decreto imperiale del 28 marzo, il Bartolini, da vicario generale sull'isola per la diocesi di Massa, diveniva vicario generale supplente, ovvero il vice dell'Arrighi. Soltanto formalmente si trattava di una diminuzione di grado, poiché nella sostanza egli avrebbe continuava ad esercitare la propria funzione dirigenziale, anche quando a Luigi Antonio succedette Giuseppe Filippo[34]. Difatti, i due Arrighi, soprattutto Luigi Antonio, volentieri lasciavano l'incombenza di corrispondere con il commissario generale al loro subalterno. Era pertanto il Bartolini a rivolgersi al funzionario civile non solo per la definizione di questioni riguardanti l'amministrazione finanziaria delle parrocchie o il sostenta-

---

[31] ASCP, *Affari Generali*, c58, *Archivio del Governo di Portoferraio*, cc. n. nu. Roberto Adriani, *Istituzioni elbane*, cit., pp. 247, 351. Alla lettera era allegato un decreto che disponeva a favore dell'Arrighi un trattamento di seimila franchi pagabili per trimestre.

[32] L'Arrighi, già vicario generale e canonico di Aleria, era nato Corte l'11 aprile 1755 ed era fratello di Jean-Thomas, generale dell'impero e duca di Padova. Restò a Portoferraio fino al 1807, quando, dopo la nomina a vescovo di Acqui, in Piemonte, gli succedette un altro fratello, Giuseppe Filippo. Il presule di Acqui, accusato da alcuni storici di servilismo, sembra che in realtà abbia tenuto una sana via di mezzo. Difatti, sebbene fosse reputato uomo di indiscussa fedeltà alla causa imperiale, non esitò a far visita a Pio VII quando il pontefice fu costretto a Savona dall'estate 1809 a quella del 1812. V. *amplius Nel solenne ingresso del reverendissimo monsignore Luigi Arrighi vescovo della citta e diocesi d'Acqui componimenti poetici*, dagli stampatori Zucconi e Massa, Asti, 1807; Pius Bonifacius Gams, *op. cit.*, p. 809; Remigius Ritzler - Firminus Sefrin, *op. cit.*, VII, p. 84; François-Joseph Casta, *op. cit*, p. 163; P. Ravera , *I vescovi della Chiesa d'Acqui*, Acqui, Impressioni Grafiche, 1997, pp.374-377.

[33] Marcello Papini, *op. cit.*, Appendice B13, pp. XXII-XXIV.

[34] Oltre al Bartolini e al vicario generale, sull'isola vivevano, nel 1806, cento ecclesiastici su una popolazione che contava 3000 abitanti nel capoluogo, 2301 a Rio, 1450 a Longone, 1003 a Capoliveri, 1260 a Campo e 3177 a Marciana. ASCP, *Affari Generali*, c44, *Archivio del Governo di Portoferraio*, cc. n. nu.

mento del clero, ma anche la posizione dei giovani chierici che si desiderava sottrarre alla coscrizione militare[35]. L'ostacolo principale da superare consisteva nel fatto che presupposto dell'agognata esenzione era la frequentazione di un seminario vescovile, requisito che gli accoliti elbani, e tra questi Giacomo Magi della Parrocchia di S. Maria in Campo, non vantavano[36]. Quanto alle questioni concernenti gli emolumenti destinati agli uomini di chiesa, nel giugno del 1807, il vicario supplente denunciò al commissario la condotta di alcuni pescatori suoi compaesani che si rifiutavano di versargli il consueto tributo col pretesto di non essere loro i proprietari delle reti utilizzate[37].

Quali fossero le risorse per il mantenimento degli ecclesiastici dell'isola è possibile apprenderlo da una relazione redatta, nell'aprile dell'anno precedente, dallo zelante presbitero dietro ordine della curia di Ajaccio. Nell'ampio documento, destinato a fornire al nuovo presule un quadro il più possibile dettagliato sulla porzione di chiesa che andava ad accrescere il suo gregge, si osserva:

> m'invitate a parlare sui mezzi di sussistenza degli ecclesiastici, che saranno impiegati nella nuova organizzazione di questo clero e vedere se converrebbe più ad essi ed ai popoli che restasser colle loro antiche entrate ovvero se sarà meglio di domandare che ricevino [*sic*] un trattamento dal Tesoro pubblico, come nel resto di Francia.
>
> Io prego la vostra bontà a permettermi d'istruirvi primieramente quanto ritraggon gli ecclesiastici parrocchiali in sequela dai beni stabili, che posseggono per loro congrua alimentaria in quest'isola, e quali d'altronde siano gli aggravi di cui sono caricati i popoli per ciò che manca a tal oggetto.
>
> Dopo tanti schiarimenti balzerà da se stessa negl'occhi la concordatezza della risposta.

---

[35] Roberto Adriani, *Istituzioni elbane*, cit., pp. 140-144.

[36] ASCP, *Archivio del Governo, Affari Generali*, c44, di *Portoferraio*, *Assunto Bartolini Provicario Generale del* Capoliveri,11 giugno 1807, cc. n. nu. All'interno del piano leopoldino di riforma ecclesiastica aveva trovato spazio la creazione di strutture destinate alla formazione del clero. Tuttavia, ancora agli inizi dell'Ottocento, l'istituto seminariale, così come delineato dalle disposizioni tridentine, si presentava debole in tutte le diocesi toscane. Difatti, il tasso dei chierici che vi si formavano si manteneva particolarmente basso anche in città come Arezzo (39%), Firenze (32%), Pisa (22%). Cfr. Carlo Fantappiè, *Problemi della formazione del clero nell'età moderna*, nel vol. *Istituzioni e società in Toscana nell'età moderna,* cit.,II, p. 737. Sui convitti leopoldini v. Mario Rosa, *Giurisdizionalismo e riforma religiosa nella Toscana leopoldina*, nel vol. Id., *Riformatori e ribelli nel '700 religioso italiano*, Bari, Dedalo, 1969, p. 178; Ettore Passerin d'Entrèves, *La Toscana civile. Lotte politiche e correnti culturali tra Sette e Ottocento*, a cura di Giacomo Adami e Luciano Coppini, Offset grafica, Pisa, 1994; *passim*.

[37] ASCP, Lettera datata Capoliveri, 9 giugno 1807, "a S. Eccellenza il Sig. Galeazzini Commissario Generale del Governo dell'Isola d'Elba", c. n. nu.

> Non vi sono in tutta l'Elba tra i curati che quelli di Marciana, S. Piero, S. Ilario, Capoliveri, Rio e Poggio, e tra i vice curati quello della Marina di Marciana, i quali posseggono qualcosa. Per non di meno, non ammontano le loro entrate al miserabile totale di franchi circa tremila.
>
> Infatti le cure meglio provvedute di beni stabili sono le prime tre mentovate, Marciana, S. Piero e S. Ilario.
>
> Eppure per quanto siami applicato a rilevarlo dai rispettivi loro inventari, non ho potuto giudicare che, dedotta la manutenzione della chiesa e sagrestia che questi curati, a differenza di tutti gli altri anno [*sic*] a carico loro, possa restar loro libero, che il tenue reddito di franchi cinquecento ciascheduno [...]. Questi paesi specialmente della parte che dominava l' ex Principe di Piombino, che sono appunto i più antichi, e che perciò si trovano all'uso antico aver dotate le lor Parrocchie, sono mai sempre vissuti nella miseria, han sempre avuto a che pensare per se medesimi, e perciò mai sonosi resi a provveder come altrove i loro preti. [...]. Per riguardo alla cura di Portoferraio si è sempre estratto dall'erario della comune l'assegnamento pel parroco e suoi cappellani; per riguardo a quella di Lungone, il Curato era pagato dal re, ed il vice curato della Marina da una amministrazione fatta da quel popolo a tal posta [...]; per riguardo alla vice cura della Marina di Rio e cappellania di S. Piero in Campo pagava i rispettivi ministri l'ex principe di Piombino, il quale inoltre suppliva al resto della congrua del vice curato della Marina di Marciana; fece un assegnamento tassativo sulle caricazioni del ferro al parroco di Rio, altro sulla propria cassa a quel di Poggio e finalmente un tenue onorario ai due preti assunti col titolo di vice curati in aiuto ai due parrochi di Rio e Capoliveri. Il resto poi [...] l'anno [*sic*] i popoli in aggravio a se stessi [...]. Oltre l'aggravio che risente il popolo di Portoferraio [...] sull'imposta dell'introduzione del vino, [...] a Marciana, S. Piero, S. Ilario e Poggio si paga al curato la tassa di otto fiaschi di mosto per ciascheduna famiglia alla vendemmia, oppur due lire; a Capoliveri poi la tassa o di un quarto di grano alla raccolta ovvero una lira, e di fiaschi otto di mosto alla vendemmia oppur due lire per ciaschedun uomo dagli anni diciotto fino alla morte, tassa che tanto qui, come negli altri luoghi ove pagasi, impropriamente viene detta decima[38].

Tra le altalenanti aspettative affacciatesi durante l'avvicendarsi delle diverse sovranità aveva lusingato gli Elbani anche quella concernente l'abolizione delle imposte ecclesiastiche. Perciò il Bartolini si affrettava a scrivere:

---

[38] Ivi*,* "relazione inviata il 23 aprile del 1806 al Vicario Generale della Diocesi d'Ajaccio reverendissimo Sig. Ciavatti", cc. n. nu.

> Il principal provento per la sua [id est, del Bartolini stesso] prebenda alimentaria in questa sua cura consiste nel pagamento che a titolo, sebben improprio, di decima, si fa al parroco per ogni testa d'uomo da anni diciotto in su, alla raccolta del grano in un quarto di esso, ed a quella del vino in dodici boccali di mosto [...]. La mutazione del Governo, la diversità delle leggi, la notizia di esser in Francia abolita ogni decima, senza però riflettere che a tal oggetto questi ministri del culto stanno a carico del governo, ha formata l'idea in molti sciocchi di esser esenti da questa ecclesiastica imposizione, e quindi di propria autorità, senza attendere l'organizzazione decisiva del clero, né per conseguenza le determinazioni in proposito di S.M. Imperatore e Re nostro Signore non pochi si rifiutano da tal pagamento[39].

Le difficoltà economiche in cui si dibattevano gli isolani e la conseguente affannosa ricerca di occasioni di guadagno finivano per riflettersi anche sull'amministrazione degli edifici sacri e delle loro pertinenze. Pertanto, se a Capoliveri non suscitava alcun interesse la gravosa amministrazione della locale, poco redditizia, Opera parrocchiale, gli amministratori dei ricchi santuari della Vergine delle Grazie e di Lacona si rifiutavano di abbandonare il proprio incarico, sebbene lo ricoprissero da più di due lustri, trincerandosi dietro alle ambiguità sorte dalla mutazione di sovranità sull'isola[40]. Un sin-

---

[39] Ivi, lettera 7 settembre 1807, c. n. nu.

[40] Il santuario della Madonna delle Grazie si trova nei dintorni di Capoliveri, nella località omonima, a poche centinaia di metri in linea d'aria dal centro abitato. L'impianto originario è probabilmente medievale, mentre l'edificio attuale è riconducibile alla fine del Cinquecento. Nel corso dei secoli XVII e XVIII esso è stato oggetto di significativi interventi: risale al 1679 l'altare barocco, al 1745 il soffitto ligneo dorato e a due anni più tardi la cupola. Vi si conserva il quadro della Madonna del silenzio, opera attribuita a Marcello Venusti, allievo e amico di Michelangelo. Esso raffigura la Vergine seduta su una cassapanca con in mano una bibbia e il Bambino addormentato in grembo. Ai lati sono dipinti San Giuseppe e San Giovanni Battista, che si porta l'indice alla bocca per invitare al silenzio. Nel 1730-31 San Paolo della croce, fondatore dei passionisti, tentò di trasformare il luogo mariano nella prima sede del suo ordine. È noto che nel 1773 la custodia del santuario era affidata ai padri agostiniani, ma dopo pochi anni essa tornò, in conformità alla tradizione isolana, a quella di due romiti. Il secondo dei santuari citati è quello situato su una piccola altura, dietro la vasta insenatura di Lacona. Esso fu eretto sulle fondamenta di un preesistente edificio religioso da alcuni discepoli di San Giovanni Gualberto provenienti dall'arcipelago toscano e dipendenti dall'Abbazia di Vallombrosa. L'attuale forma fu raggiunta nel XVI secolo e consiste in un oratorio dotato di due ingressi, principale in fondo alla Chiesa e sul lato sud. Il soffitto, a doppia arcata, è sostenuto da travicelli e capriate. La zona della celebrazione, a cui si accede tramite alcuni scalini, è dominata dall'altare sormontato da un'immagine su tela della Madonna della Neve che si richiama alla iconografia bizantina dell'omonima effigie custodita nella basilica romana di S. Maria Maggiore. La chiesa e i terreni adiacenti, che comprendevano un romitorio annesso alla parte absidale più antica, costituivano un beneficio ecclesiastico di patronato della comunità di Capoliveri e venivano affidati anch'essi alla custodia di due romiti. All'amministrazione provvedevano due priori laici nominati annualmente. Nel corso del tempo, a questi subentrò un unico amministratore. Nel 1817 era presente un solo eremita. VINCENZO MELLINI PONÇE DE LÉON, *Delle memorie storiche dell'isola*

tetico ragguaglio sulle modalità di scelta dei soggetti destinati ai compiti di «operai» e di «priori», le antiche qualifiche con le quali si indicavano i laici deputati alla gestione dei patrimoni ecclesiastici, si legge in una lettera inviata, sempre al Galeazzini, il 7 settembre del 1807.

> L'elezzione [*sic*] poi di questi uffiziali – scrive il nostro «supplementario» – in passato si faceva dal Consiglio generale del popolo che tenevasi ogni anno il 20 gennaio. Da circa 20 anni a questa parte per i sconcerti che sovente accadevano, e per i maggiori, di cui fu dubitato della politica del Governo che stava spesso in competenza coi ministri dei re di Napoli residenti a Lungone, il Principe allora regnante di Piombino la rimise al Consiglio minore, ch'era composto di 18 persone delle migliori famiglie, e che avevano a tre per volta la presidenza ed amministrazione comunale per sei mesi e si chiamavano Anziani. Nell'uno e nell'altro Consiglio secondo le circostanze o si confermavano o si cambiavano: non però a molto tempo era ripetuta la conferma che ognuno, eccettuata quella dell'opera, stata sempre più miserabile, e però la più gravosa, ambiva all'onore di queste amministrazioni. Sotto l'attual governo si ignora a chi appartenga. Solo alle replicate rinunzie dell'Operaio è accaduto che il Maire lo abbia con suo arresto eletto per quattro volte; e l'anno scorso non avendo a chi addossare l'incarico fu necessitato nominar me [...]. Gli altri, cioè i Priori della Vergine SS.ma delle Grazie e quelli dell'altra così detta di Lacona, non avendo rinunziato, son sempre gli stessi, tanto più che alle declamazioni di questa perpetuità, avendo il Maire voluto rimuoverli, quei della Madonna delle Grazie, se ne grugnarono, quasi fosse un loro diritto. [...] Più: senza la veruna intelligenza di chiunque sia si distraggono o permutano i fondi, si cambiano i livellari, ed in comune niente meno si adopra di questa roba che sarebbesi della propria[41].

Le parole del Bartolini danno altresì la misura della potente resistenza che le strutture dell'antico regime opponevano ai progetti di cambiamento dell'amministrazione napoleonica. In questo clima, in cui il nuovo arrancava a raggiungere i traguardi promessi dalla propaganda bonapartista, uno dei veicoli con i quali il sacerdote elbano poteva esercitare la propria influenza

---

d'Elba. Capoliveri, a cura di Gianfranco Vanagolli, Le opere e i Giorni, *Livorno,* 1996, *passim;* Marzia Casini Wanrooij, Guglielmo Maetzke, Giampaolo Trotta, *La Chiesa della Madonna della Neve a Lacona e il suo ambiente naturale*, Alinea, Firenze,1988.

[41] ASCP, *Archivio del Governo di Portoferraio*, *Affari Generali*, c44, lettera di Assunto Bartolini a Giovanni Battista Galeazzini, Capoliveri 4 ottobre 1808, c. n. nu. Roberto Adriani, *Istituzioni elbane*, cit., pp. 142-143; 264-266

consisteva nell'avanzare le soluzioni più consone ai problemi da lui stesso denunciati. Non sorprende, pertanto, scoprire che il fine della citata missiva era suggerire un limite temporale di tre anni al mandato di operai e priori, oltre alla sollecitazione di una rendicontazione delle entrate e delle uscite capace di garantire la necessaria trasparenza.

Che intorno al patrimonio ecclesiastico ruotassero non pochi tra gli interessi economici delle più cospicue famiglie dell'isola lo provano anche le perplessità suscitate da un parere del Consiglio di Stato del 2 febbraio 1809, secondo il quale il livellario su cui gravava l'onere di provvedere al pagamento delle imposte fondiarie aveva il diritto di rivalersi della spesa effettuata trattenendo, indipendentemente dall'entità dell'imposizione, un quinto del canone dovuto al livellante. Il problema sorgeva perché, nella maggior parte dei livelli isolani, il canone superava notevolmente l'imposta dovuta. Ciò consentiva pertanto al livellario di realizzare un lucro, trattenendo una somma superiore a quella versata al fisco[42]. Per questa ragione al pontederese Balbiani[43], sottoprefetto succeduto al Galeazzini allorché l'isola fu assegnata al Dipartimento del Mediterraneo, pervenne nel 1811 una lettera inviatagli dal Consiglio della parrocchia di Capoliveri[44]. In essa il presidente Paolo Capocchi, il tesoriere prete Bernardo Geri, l'operaio prete Giovanni Moraz-

---

[42] Ivi, pp. 145-146.

[43] Su Giuseppe Balbiani, sottoprefetto e intendente imperiale all'Elba (1811-1815), cfr. GIUSEPPE NINCI, *op. cit.*, p. 58; FELICE TRIBOLATI, *Notizie sulla vita e le opere di Pietro Balbiani*, Tipografia Citi, Pisa, 1864, p. 4; GIUSEPPE DE CESARE, *L'ordinamento costituzionale e amministrativo dell'isola d'Elba negli anni 1814-1815*, nel vol. *Studi Napoleonici. Atti del primo e secondo congresso internazionale (Portoferraio, 3-7 Maggio 1962; 3-6 Maggio 1965)*, Leo S. Olschki Editore, Firenze,1969, p. 174; *L' isola dell'Imperatore. Le dimore di Napoleone: da residenze a museo*, a cura di Roberta Martinelli, Sillabe, Livorno, 2005, p. 35.

[44] La discontinua presenza francese dal 1800 fino alla restaurazione della dinastia granducale, scandita da forme di governo che si tradussero nella creazione del regno d'Etruria, nell'annessione alla Francia, nella creazione del principato dei Baciocchi e nella peculiare esperienza dell'Elba, ha in passato indotto gli studiosi ad adottare, quale griglia di lettura dell'età napoleonica, la suddivisione tra periodo pre e post lorenese. Forse non è azzardato per dare risalto e vivacità al periodo assumere tra gli snodi fondamentali la creazione, avvenuta con il decreto del 14 aprile 1808, dei dipartimenti amministrativi dell'Arno, dell'Ombrone e del Mediterraneo. Per quanto ci riguarda, quest'ultimo aveva come capoluogo Livorno, ed era formato dalla Prefettura di Livorno, dalle Sottoprefetture di Pisa e Volterra e, dal 1811, dell'Isola d'Elba (*arrondissement* di Portoferraio). La parte continentale tornò alla Toscana nel 1814, quando Napoleone ottenne il principato elbano. Sul sistema prefettizio introdotto in Toscana v. *amplius* SILVANA TOTTI, *La Sottoprefettura di Grosseto in epoca napoleonica*, in *Bollettino della Società Storica Maremmana*, XIV, 1973, pp. 67-124. PIERRE-FRANÇOIS PINAUD, *Les problèmes quotidiens d'un préfet français dans le départment de la Trasimène pendant l'occupation napoléonienne*, in *Rivista Italiana di studi napoleonici*, n. 2, 1980, pp. 87-98; SILVIA MARZAGALLI, *Notabili e negozianti nel Dipartimento del Mediterraneo all'epoca napoleonica*, nel vol. *Con la ragione e col cuore. Studi dedicati a Carlo Capra*, a cura di Stefano Levati e Marco Meriggi, Milano, Angeli, 2008, pp. 563-598.

zini, oltre naturalmente all'onnipresente Bartolini, facevano presente che, sebbene il Galeazzini avesse provveduto ad adeguare la normativa alla realtà del luogo, al momento della sua sostituzione, i livellari di Longone avevano preteso la letterale applicazione del regime a loro favorevole[45].

Al pari di Capoliveri, anche la più importante Portoferraio ospitava un'Opera parrocchiale, i cui organi erano il Consiglio e l'Uffizio. Il primo, cui competevano funzioni decisionali e di controllo, era composto da un presidente, dai consiglieri, dal curato e dal *maire*, che ne erano membri di diritto. Al secondo, cui spettava il compito di avanzare proposte al Consiglio, appartenevano un presidente, tre consiglieri provenienti dall'omonimo organo ed il parroco, anche in questo caso membro di diritto. Il Consiglio vedeva membri nominati per una metà con decreto del vescovo e per l'altra con provvedimento del prefetto. L'assetto appena descritto corrispondeva a quello disciplinato dal decreto imperiale del 30 dicembre 1809, concernente lo stabilimento delle fabbricerie, ed in particolare all'art. 6 dello stesso che disciplinava la modalità delle nomine dei membri e la trasmissione dei loro nomi alle autorità municipali[46]. Nel caso in esame, il 9 agosto 1813, spettò a Giuseppe Filippo Arrighi, in nome e per conto del vescovo di Ajaccio, procedere alla nomina dei cinque fabbricieri di gradimento ecclesiastico. Essi furono: Don Pio Battista Allori, Pietro Senno, Giuseppe Ninci, Leopoldo Lambardi e Benedetto Calderini. Questi, al pari dei loro colleghi di nomina

---

[45] ASCP, *Archivio del Governo di Portoferraio*, *Affari Generali*, c44, Lettera all'intendente Giuseppe Balbiani (senza data, ma probabilmente del 1811), cc. n.nu.: "L'opera suddetta ha un livello di lire ottantaquattro annue contro la casa del Signor Vantini di Portoferraio. L'Opera catastata in proprio paga per la sua proprietà circa *fr.* 5 d'imposizione. Se all'opposto si volesse pagare dal Signor Vantini, esso colla ritenuta del quinto verrebbe a guadagnare circa *fr.* 12. Più: l'opera della chiesa di Lungone possiede altro livello di monete toscane da dieci scudi contro la famiglia Mirefolo (?) di detto luogo. Essa famiglia paga d'imposizione fondiaria pochi pavoli, colla divisata ritenuta fa un guadagno esorbitanti di più monete. […] il passato amministratore di quest'Isola Signor Baron Galeazzini […] sotto dì 1° agosto 18010 venne alla deliberazione di ridurre la mentovata ritenuta a una sola lira. […] ebbe essa la sua esecuzione immediatamente per tutto dell'Elba; e di presente l'ha relativamente a quest'Opera fra tutti i livellari di Capoliveri e la maggior parte di Lungone: solo una porzione di quest'ultimo luogo ha preteso svuotar il giogo dell'equità stabilita da quel degno ministro, con danno non indifferente del luogo pio e con pericolo di attirarne seco degli altri.".

[46] È noto che nella legislazione napoleonica l'esercizio del culto veniva ritenuto funzionale all'ordinato sviluppo della società civile, e che pertanto esso fu inglobato nell'ambito di un disegno generale concernente le attività pubbliche. Le spese per l'ufficiatura e le strutture ad esse preposte conobbero una dettagliata disciplina vòlta a garantirne il controllo statale. V. *amplius* Pier Giovanni Caron, *Fabbricerie*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffré, Milano, 1967, vol. XVI, 196-207; Mattia Moresco, *Le fabbricerie secondo il decreto napoleonico 30 dicembre 1809*, Società Editrice Libraria, Milano 1905, *passim*; pp. 153 ss.; Arnaldo Bertola, *Fabbrica e Fabbriceria*, in *Enciclopedia Cattolica*, Ente per l'Enciclopedia Cattolica e per il Libro Cattolico, Città del Vaticano, 1950, vol. V, coll. 936-938; Willibald Maria Plöchl, *Storia del diritto canonico. II. Il diritto canonico della civiltà occidentale. 1055-1517*, tr. it., Massimo, Milano,1963, vol. II , 401-402 e 421.

prefettizia e dei componenti dell'Uffizio, avevano l'onere di prestare giuramento nelle mani del primo cittadino nella sala municipale, promettendo «obbedienza alle Costituzioni dell'Impero e fedeltà a Sua Maestà Imperiale e Reale» [47]. Il *maire* di Portoferraio si mostrava particolarmente attento nella gestione delle sue attribuzioni all'interno dell'Opera. Geloso delle sue prerogative, che difendeva con una miscela di acribia burocratica e animosità provinciale, quando Pietro Senno, con una lettera del 2 ottobre 1813 lo invitò alla seduta del Consiglio della stessa, giustificando la propria iniziativa sulla scorta dell'art. 10 del decreto imperiale del 30 dicembre 1809, il Traditi rispose piccato che, in primo luogo, la riunione del consesso era disciplinata dal decreto del 30 novembre 1810, e che, inoltre, a lui, come membro di diritto e come capo della municipalità, spettava di essere interpellato circa il luogo e l'orario dell'incontro[48].

3. *I religiosi*

L'Elba ha sempre ispirato sia la vocazione cenobitica che quella anacoretica. Inevitabili sono stati i rapporti intrattenuti con il monastero di S. Mamiliano della vicina Montecristo, il quale possedeva a Capoliveri una chiesa dedicata al vescovo palermitano con annesso un piccolo convento sotto la regola camaldolese[49]. Cosimo de Medici aveva pensato di destinare Portoferraio a quartiere centrale dell'Ordine di S. Stefano, ovvero di una

---

[47] ASCP, *Archvio del Governo di Portoferraio*, *Affari Generali*, c52, cc. n. nu.

48 Ivi, cc. n. nu.

[49] Il monastero dell'isola di Montecristo, originariamente intitolato al Salvatore, venne in seguito indicato con il nome di San Mamiliano. Dopo essersi ripreso dai danni provocati dal grave attacco saraceno del 727, esso si inserì in una fitta rete di rapporti protofeudali e feudali che ne fecero uno dei più potenti centri monastici della Toscana. Nel 1237, per volere di Gregorio IX, il monastero adottò la regola camaldolese, abbandonando quella benedettina assegnatagli da Gregorio Magno nel VII secolo. La fase discendente della sua parabola iniziò con la crisi del feudalesimo e il correlativo consolidamento dell'egemonia pisana. Al corsaro ottomano Dragut, alleato della monarchia francese, si deve l'ultima devastazione del complesso, nel 1553, che costrinse i religiosi, guidati dall'abate Federico de Bellis, all'abbandono definitivo dell'isola. La non più esistente chiesa di San Mamiliano a Capoliveri, documentata in atti notarili del 1343, si trovava in diretto rapporto visivo con l'omonimo monastero sull'isola di Montecristo. Incendiata anch'essa durante l'assalto franco-turco guidato da Dragut, venne ricostruita negli anni successivi per poi cadere nuovamente in rovina nel XIX secolo. Nel 1894, con delibera del comune di Portolongone, ne fu disposta la demolizione. Eugenio Susi, *San Mamiliano eremita nelle fonti agiografiche dell'Alto Medioevo*, nel vol. *Santità ed eremitismo nella Toscana medievale*, atti delle giornate di studio, 11-12 giugno 1999, a cura di Alessandra Gianni, Edizioni Cantagalli, Siena, 2000, pp. 11-23; Gloria Peria, Silvestre Ferruzzi, *L'isola d'Elba e il culto di San Mamiliano. Le chiese di Capoliveri e Campo*, Centro grafico Elbano, Portoferraio, 2010, *passim.*

«religione» aristocratica. Il destino dispose diversamente e il convento e la chiesa costruiti per i cavalieri furono occupati dai meno pretenziosi discepoli di S. Francesco[50]. Inoltre, la lontananza dalle grandi aree urbane aveva favorito il radicarsi di quei romiti che, vestiti d'azzurro presso i santuari mariani, avevano finito per diventare una presenza caratterizzante il panorama religioso dell'isola. Erano uomini modesti che, autorizzati dai principi di Piombino, vivevano dei prodotti di piccoli orti e vigne situati presso i luoghi di culto che custodivano, nonché questuando generi alimentari nelle campagne e nei paesi[51]. La bufera rivoluzionaria, abbattendosi sull'isola, aveva sconvolto anche la vita dei religiosi tanto nei suoi aspetti giuridici che nel vissuto quotidiano. Il radicamento di queste figure nella fitta ragnatela dei rapporti di amicizia e di parentela che costituiva il tessuto connettivo delle piccole comunità del luogo indusse il sottoprefetto Balbiani a seguire attentamente la vicenda di sei ex religiosi, tutti residenti a Marciana, che intendevano ritrattare il giuramento di fedeltà loro imposto dalle autorità francesi. Perciò, il 6 aprile 1812, confidò al direttore generale della polizia toscana il timore che il loro esempio contagiasse l'intero clero isolano. Allertò inoltre i *maires* di Marciana e Capoliveri invitandoli ad indagare al riguardo. Questi riuscirono ad apprendere che l'ordine di ritrattazione era contenuto in una lettera proveniente da Roma a firma del passionista elbano Luigi Vai, nipote dell'anziano presbitero Giacomo Vai. Tanto quest'ultimo che i sei religiosi avevano in effetti ritrattato subendo perciò l'arresto[52]. La paziente attività di scandaglio del funzionario approdò al retroterra dell'intera vicenda, iniziata a Civitavecchia, dove il padre Vai aveva consegnato al padrone di bastimento Giovanni Antonio Sardi un plico contenente tre lettere, la prima scritta da lui allo zio, la seconda a firma di tale Ignazio Rossi e la terza, anonima, ma attribuita ad un misterioso personaggio definito vice gerente del pontefice. Il plico era diretto alla marcianese Maria Rosa Sardi, in religione suor Caterina, che avrebbe dovuto consegnarlo a Giacomo Vai. Tutta la corrispondenza era finita nelle mani di uno zio della religiosa che, insospettito dai sigilli, la aveva aperta e, intimorito dal contenuto, aveva invitato uno dei confratelli del mittente, Giuseppe Lupi, a recapitarla al destinatario, pregandolo di te-

---

[50] Giuseppe Ninci, *op. cit*, p. 103; Enrico Lombardi, *Il convento francescano di Portoferraio*, ne *Lo Scoglio*, n. 18, 1988, pp. 17-18.

[51] Id., *Il romitorio e la voce della riconoscenza*, nel vol. Silvestre Ferruzzi, Enrico Lombardi et al., *Santa Maria del Monte. Storia di un Santuario dell'isola d'Elba*, Bandecchi & Vivaldi, Pontedera, 2015, p. 41.

[52] I religiosi, tutti passionisti, erano Giuseppe Lupi, Giovanni Antonio Pierulivo, Domenico Antonio Costa, Domenico Tagliaferro, Vincenzo Sardi e Luigi Pisani. ASCP, Registro n° T10-I10, *Sous Prefecture de l'Isle d'Elbe. Registre de Correspondance*, cc. 100r-105v.

nere all'oscuro la religiosa. Il Lupi aveva provveduto ad eseguire l'incarico. Dopo di che, la lettera del Rossi e del vice gerente erano state consegnate al padre Giuseppe Claris di Capoliveri. Il Balbiani pervenne alla conclusione che tutti i soggetti coinvolti nella vicenda fossero sostanzialmente in buona fede, meno Giuseppe Lupi, Luigi Pisani e, naturalmente, Luigi Vai. Questi, pur nella sua modestia, ricordava un capitolo fondamentale della storia religiosa dell'Elba, ossia le missioni svoltevi da Paolo della Croce che, nel 1730, aveva addirittura preso in considerazione l'idea di fondare un convento nell'isola. Almeno tre luoghi avevano attirato la sua attenzione, il romitorio della Vergine delle Grazie a Capoliveri, il santuario di Monserrato, e quello della Madonna del Monte presso Marciana. Le buone intenzioni si erano infrante di fronte al parere sfavorevole dei padri agostiniani di Piombino e degli altri religiosi locali. I passionisti avevano esperito un altro tentativo alla fine del secolo, ma il vescovo di Massa, chiedendo il parere degli ecclesiastici di Porto Longone, si era accorto che le vecchie prevenzioni non erano scomparse[53]. Sull'isola l'apostolato del Danei aveva riscosso ampi consensi in tutti gli strati della popolazione, basato com'era su una predicazione semplice ed efficace, accompagnata dalla fama di miracoli dal sapore ingenuo, ma in piena sintonia con le necessità di esistenze stentate ed irte di pericoli. Da questi nuovi religiosi, zelanti ed immuni da velleità accademiche, che nel panorama della Chiesa venivano ad affiancare i troppo intellettualizzati Domenicani, Gesuiti, Teatini etc., le tribolate popolazioni argentarine, maremmane ed elbane si sentivano comprese. Tuttavia, il Vai non incarnava certo il miglior profilo del carisma passionista. Da informazioni raccolte per conto della direzione generale di polizia dal citato Balbiani apprendiamo che aveva indossato l'abito religioso durante la prima fanciullezza per dismetterlo diciottenne, nel 1801. Mentre i francesi assediavano Portoferraio, si era imbarcato su di un corsaro inglese e, cessate le vicende belliche, era tornato a Marciana, dove era nato. Allorché il generale Rusca, comandante dell'isola, aveva indetto una leva di giovani per Tolone, aveva disertato rifugiandosi nel proprio paese dove era vissuto indisturbato. Non potendo

[53] Vincenzo Maria di San Paolo (Strambi), *Vita del Venerabile Servo di Dio P. Paolo della Croce fondatore della Congregazione de' Chierici scalzi della SS. Croce e Passione di Gesù Cristo*, Lazzaroni, Roma, 1786, *passim*; Filippo della SS. Concezione (Antonaroli), *Vita del Venerabile Servo di Dio P. Paolo della Croce*, nella Stamperia Puccinelli, Roma, 1821, pp. 173-175; Paulino Alonso, Muzio. Murzi, Ines Rossi, *I Passionisti e l'Isola d'Elba. S. Paolo della Croce missionario dell'Elba*, ne *Lo Scoglio,* n. 47, 1996, pp. 22-26*;* Idd., *I Passionisti e l'Isola d'Elba. S. Paolo della Croce vuole la sua Congregazione all'Elba*, ivi, n. 49, 1997, pp. 25-29; *Idd.*, *I Passionisti e l'Isola d'Elba. Il progetto di fondazione Appiani-Fossi (1740-1775)*, ivi, n. 49, 1997, pp. 28-33; Idd., *I Passionisti dell'Isola d'Elba.P. Francesco Antonio Appiani del Crocifisso primo elbano discepolo passionista di S. Paolo della Croce*, ivi, n. 51, 1997/ n. 52, 1998, pp. 34-36/33-36.

comunque evitare una seconda chiamata alle armi, si era rifugiato a Monte Argentario, dove aveva trovato asilo nel locale convento ed era tornato ad indossare l'abito religioso. Forte della protezione dello zio, qui aveva ricevuto l'ordinazione presbiterale, nonostante la propria ignoranza e pochezza di talento, non disgiunte, sembra, da un aspetto che non valeva a riscuotere la fiducia di chi lo incontrava. Successivamente, dopo aver dimorato nelle sedi conventuali del suo ordine, sia a Roma che in altre città dello Stato pontificio, con la soppressione degli ordini religiosi, era stato costretto a trattenersi all'Elba con altri suoi confratelli. Nella terra natia aveva dato prova di una certa coerenza rifiutandosi di prestare il giuramento che, come accennato, i nuovi dominatori esigevano dagli ex religiosi. Per questo aveva subito il carcere, finché non si era rassegnato all'obbedienza. Il 29 novembre del 1811, tuttavia, munito di passaporto regolarmente vistato dal *maire* di Marciana, era tornato a Roma, dove aveva innescato l'intera vicenda[54].

Ben altro era lo spessore del padre Giuseppe Claris. Egli era stato, dal 1796 al 1809, il Superiore generale dei passionisti. Un'epoca molto tormentata, se si considera che la congregazione, soppressa da Napoleone nel 1808, era destinata a sopravvivere clandestinamente, nell'attesa di divenire il primo istituto a essere ristabilito (26 giugno 1814) dopo il ritorno di Pio VII a Roma. Quando la tempesta rivoluzionaria si era abbattuta anche sullo Stato pontificio, l'alta carica non aveva impedito di inserire il suo nome tra i quaranta religiosi «esteri» costretti a lasciare i loro ritiri di Roma, di Tarquinia, Vetralla, Pievetorina, Recanati, Morrovalle, per rifugiarsi nei due conventi dell'Argentario[55]. Il funzionario mostrava nei suoi confronti un certo rispetto dovuto sia all'età, sia alla convinzione della sua sostanziale integrità morale. Eppure era stato proprio il Claris a dagli per primo filo da torcere, quando, il 3 aprile 1812, si era diretto a Portoferraio per ritrattare di fronte a lui il giuramento di fedeltà prestato alle autorità imperiali. Preavvisato, il Balbiani era riuscito ad impedire l'increscioso passo, anche grazie all'intercessione del presidente del Tribunale civile Banini e del teologo zoccolante Giovanni Battista Sbarra[56]. Convocatolo di fronte a sé, aveva poi cercato di fugarne

---

[54] ASCP, *Archvio del Governo di Portoferraio*, *Affari Generali*, c52, Lettera di Giuseppe Balbiani al direttore generale di Polizia e al prefetto di Livorno, Portoferraio 18 aprile 1812, cc. 106r-108v; Roberto Adriani, *Istituzioni elbane*, cit., pp. 338.

[55] Carmelo Amedeo Naselli, voce *Passionisti*, in *Dizionario degli Istituti di Perfezione*, Edizioni Paoline, Milano, 1980, VI, coll. 1236-1247; Candeloro Giorgini, *La congregazione passionista e la Rivoluzione 1789-1799,* nel vol. *La Rivoluzione nello Stato della Chiesa 1789-1799,* a cura di Luigi Fiorani, Istituti editoriali e poligrafici internazionali, Pisa-Roma,1998, p. 475 - 476.

[56] ASCP, Registro n° T10-I10, *Sous Prefecture de l'Isle d'Elbe. Registre de Correspondance*, cc. 100r-105r.

gli scrupoli «con quanto dettava il buon senso e la teologia naturale»[57]. Ma la coscienza del passionista non aveva trovato la serenità desiderata e aveva domandato perciò di interpellare il «prete Marchetti» di Empoli[58]. E non si trattava di pretesa da poco: Giovanni Marchetti, ad onta delle modeste origini, non era un presbitero qualsiasi[59]. Dopo aver appreso alcune nozioni teoriche e pratiche di Diritto, si era trasferito a Roma nel 1773. Lì, dopo l'ordinazione sacerdotale, aveva conseguito il dottorato in Teologia a conclusione degli studi nel Collegio romano. Nel 1780 aveva pubblicato il *Saggio critico sopra la Storia ecclesiastica del signor abate Claudio Fleury,* opera polemica contro le moderate tesi gallicane del Parigino che riscosse un rapido e vasto successo. La celebrazione del sinodo di Pistoia, nel settembre 1786, gli aveva offerto il destro per un attacco violentissimo a Scipione de' Ricci con un libello anonimo i cui toni eccessivi erano stati criticati dalla stessa curia pontificia[60]. Scoppiata la rivoluzione francese, per combattere la costituzione civile del clero e legittimare il rifiuto del giuramento di fedeltà allo Stato laico opposto dal clero refrattario, Pio VI gli aveva affidato il compito di raccoglierne e pubblicarne le ragioni. Erano nate così le *Testimonianze delle Chiese di Francia*[61]. Dopo varie disavventure, nel marzo del 1809, veniva arrestato mentre era ospite di Marco Covoni[62], nella villa di Lucignano

[57] Ivi, Lettera di Giuseppe Balbiani al direttore generale di Polizia, Portoferraio 10 aprile 1812, cc. 108r-109v.

[58] *Ibidem.*

[59] Su Giovanni Marchetti (Empoli, 10.04.1753-ivi, 15 nov. 1829) v. *amplius* Luigi Della Fanteria, *Biografia di mons. G. M. arcivescovo di Ancira*, in *Continuazione delle Memorie di religione, di morale e di letteratura*, Modena, V, 1836, pp. 257-299; Francesco Scaduto, *Stato e Chiesa sotto Leopoldo I granduca di Toscana (1765-90),* Ademollo, Firenze, 1885, pp. 21 -25; Carlo Falconi, *Il giovane Mastai. Il futuro Pio IX dall'infanzia a Senigallia alla Roma della Restaurazione 1792-1827*, Rusconi, Milano, 1981, pp. 462-492; Luigi Fiorani, *Aspetti della crisi religiosa a Roma durante la Repubblica giacobina*, nel vol. *La Rivoluzione nello Stato della Chiesa,* pp. 253-297; Giuseppe Pignatelli, voce *Marchetti Giovanni*, in *Dizionario biografico degli italiani* , Treccani, Roma, 2007, 69, pp. 642-648; Alessandro Guerra, *Contro lo spirito del secolo. Giovanni Marchetti e la biblioteca della Controrivoluzione*, Nuova Cultura, Roma, 2012.

[60] Circa la cornice culturale e i rapporti tra il Ricci e Pietro Leopoldo,cfr. Claudio Lamioni, *Tra giansenismo e riformismo: la nomina di Antonio Martini ad arcivescovo di Firenze (1781)*, in *RST, XXII (1976), pp. 3-46;*Carlo Fantappiè, *Riforme ecclesiastiche e resistenze sociali. La sperimentazione istituzionale nella diocesi di Prato alla fine dell'antico regime*, Il Mulino, Bologna,1986; Pietro Stella, *Il giansenismo in Italia.* II, *Il movimento giansenista e la produzione libraria*, Edizioni di Storia e letteratura, Roma, 2006, pp. 325-380; Alessandro Guerra, *op. cit*., *passim*.

[61] Giovanni Marchetti, *Testimonianze delle Chiese di Francia sopra la così detta Costituzione civile del clero decretata dall'Assemblea nazionale, nella Stamperia di Giovanni Zempel, Roma, 1791-* 1794, 16 Voll.

[62] Membro di un'antica famiglia fiorentina inurbatasi agli inizi del tredicesimo secoli, Marco Covoni Girolami, cavaliere stefaniano nominato senatore nel 1782, deve la propria notorietà alla redazione, nel 1783, di uno statuto dello Spedale di Santa Maria Nuova che fu preso a modello

di Montespertoli, e condannato per attività sovversiva alla detenzione nella fortezza di Portoferraio, dove giungeva alla fine di luglio. Il 14 agosto era stato liberato da un indulto emanato da Elisa Baciocchi per onorare il genetliaco dell'illustre fratello. Tornato presso Empoli, era stato ospitato da amici fino al 1811. Successivamente avrebbe peregrinato per la Toscana fino all'inizio del 1814, ossia fino allo smantellamento del regime francese nella regione. Il Claris e il Marchetti avevano comunicato durante la permanenza di quest'ultimo nell'isola? Non è improbabile. Difatti, all'Empolese la prigionia, se diamo credito alla testimonianza del canonico pisano Luigi Della Fanteria, «stante la conversazione de' molti e pregevolissimi compagni del suo infortunio e la benevolenza e il rispetto singolare che gli dimostrarono le più distinte persone, anziché di pena servì di piacevole villeggiatura»[63]. E nemmeno di fronte all'inopportuna richiesta del Claris la pazienza del prefetto era venuta meno, tanto che non nascondeva la riluttanza con cui aveva obbedito all'ordine di incarcerarlo[64]. Del resto, il Balbiani aveva usato ogni riguardo anche verso Maria Rosa Sardi, ospitandola in casa propria e non esitando a chiamarla anche nella corrispondenza ufficiale «Madre Caterina»[65].

In conclusione, il sottoprefetto, sebbene non facesse mistero di attendersi, quale ricompensa al successo delle sue indagini, il favore della granduchessa Elisa Bonaparte e, soprattutto, del governo imperiale[66], appare attento a non compromettere i rapporti con i propri amministrati offendendone il sentimento religioso.

4. *Il Principato napoleonico*

Abbiamo lasciato Napoleone nel "Duomo" di Portoferraio. Una descrizione di ciò che avvenne all'interno dell'edificio sacro si deve ad André Pons.

---

da altre analoghe istituzioni europee. V. *amplius* Marco Covoni Girolami*, Orazione del cavaliere Marco Covoni fiorentino recitata nel solenne Capitolo de' Cavalieri di S. Stefano pp. e mart. tenuto nella chiesa conventuale di Pisa l'anno 1770*, nella stamperia Allegrini, Pisoni, e Compagni, Firenze,1770; *Id*, *Regolamento del Regio Arcispedale di Santa Maria di Firenze*, per Gaetano Cambiagi stampatore granducale, Firenze, 1783; Marcello Vannucci, *Splendidi palazzi di Firenze*, Le Lettere, Firenze,1995, pp. 110-112.

[63] Luigi Della Fanteria, *op. cit.*, p. 278.

[64] ASCP, Registro n° T10-I10, *Sous Prefecture de l'Isle d'Elbe. Registre de Correspondance*, Lettera di Giuseppe Balbiani al direttore generale di Polizia, Portoferraio 11 maggio 1812, c. 113r.

[65] *Ibidem.*

[66] Roberto Adriani, *Istituzioni elbane*, cit., p. 154.

L'église – avrebbe ricordato il vissuto prefetto – était parée comme aux jours de grande fête [...]. Le vicaire général entonna l'hymne de saint Ambrose: Te Deum laudamus, et ensuite il donna la bénédiction du Saint Sacrement. Il était naturel que tous les yeux se portassent sur l'Empereur. On lui avait remis un livre d'église: il lisait. Peut–être serais-je plus vrai si je disais qu'il faisait semblant de lire. Pourtant deux fois je crus au remuement des ses lèvres qu'il priait, et même qu'il priait avec ferveur. Il ne tourna pas une seule fois la tête pour regarder ce qui se passait autour de lui [...]. Cette cérémonie avait un caractère particulier. Celle-ci ne pouvait pas être purement religeuse à l'égard de l'empereur Napoléon... Pour rendre sincèrement grâce à Dieu de l'avoir fait passer du plus grand Empire du monde au plus petit trône de la terre, il aurait fallu que le malheur l'eût déjà sanctifié, et certainement il n'en était pas encore à cet état de béatitude. Sans doute l'Empereur Napoléon était religieux: vingt circonstances de sa vie l'ont prouvé. Mais de là à l'abnégation absolue, il y a l'immensité à traverser, L'Empereur, sans avoir rien de trop mondain ni rien de trop dévot, se dessinait avec majesté, et il plaisait à tous les fidèles qui l'avaient accompagné dans le temple de Dieu. L'Empereur, toujours maître de lui, avait l'air calme, mais il ne l'avait pas impassible, et sa physionomie trahissait son émotion. Certainement l'ensemble du clergé n'était pas dans son assiette ordinaire, et, presque troublé, il tâtonnait pour savoir ce qu'il avait à faire. Le vicaire général se trompa deux fois. On aurait dit que l'Empereur éblouissait les prêtres. Personne ne faisait preuve d'insensibilité: tout le monde était recueilli. Mais c'est surtout la population porto-ferrajese qui se montrait touchée [...]. L'église était encombée; les voix chantantes étaient nombreuses. Aux deux versets suivants de l'hymne ambrosienne: "Nous vous supplions donc de secourir vos serviteurs que vous avez rachetés de votre sang précieux... C'est en vous, Seigneur, que j'ai mis mon espérance; je ne serai point confondu à jamais", le peuple, selon l'usage d'Italie, se mit à genoux, la tête baissée [...]. Le peuple coyait que ces deux versets étaient des prières plus particulières pour l'Empereur. Le moment de la bénédiction fut un moment dont la solennité sainte maîtrisa le peuple porto-ferrajais»[67].

Durante la sacra funzione, dunque, Napoleone si inginocchiò, tranquillizzando con l'atto devoto quei suoi sudditi che lo temevano ateo[68]. Terminata la cerimonia, il sovrano fu solennemente scortato in municipio, dove

---

[67] André Pons de L'Herault, *op. cit.,* pp. 59- 60.

[68] Sebastiano Lambardi, *Memorie sul Monte Argentario*, Firenze, Tipografia Tofani, 1866, p. 338; Vincenzo Mellini Ponçe de Léon, *L'isola d'Elba durante il governo di Napoleone I*, Stabilimento del "Nuovo Giornale", Firenze, 1914, pp. 26-27.

avvenne la presentazione ufficiale delle autorità, dei *maires* e di altri notabili laici ed ecclesiastici. Venne il turno di Assunto Bartolini. Forte della sua reputazione di presbitero più istruito dell'isola, egli approfittò dello spazio concessogli per lamentare con enfasi eccessiva i disagi vissuti dal clero isolano. Napoleone ascoltò con attenzione e, quando l'arciprete di Capoliveri ebbe terminato, smontò una per una le sue affermazioni e concluse ridendo con un detto popolare: «Dominus vobiscum non è mai morto di fame»[69]. Fattosi nuovamente serio, Napoleone si rivolse al clero promettendo che si sarebbe occupato dei bisogni del culto. Espressione tanto ambigua quanto inopportuno era stato il petulante saluto del Bartolini. Ma la girandola delle *gaffes* era destinata a continuare. Il vicario Arrighi, difatti, due giorni dopo, avrebbe firmato una lettera pastorale dove, con sentimenti più profani che sacri, si parlava della fortuna economica che avrebbe arriso all'isola con l'arrivo del nuovo principe[70]. Nella minuscola corte che Napoleone avrebbe creato di lì a poco nella Palazzina dei Mulini a Portoferraio, il vicario generale avrebbe avuto l'incarico di elemosiniere, una scelta obbligata[71]. Sebbene egli vantasse la propria parentela con il Bonaparte e promettesse generosamente la propria intercessione presso di lui, non esercitò alcuna influenza. Non a caso, Napoleone, fedele ad un «sistema di governo a base egoarchica»[72], stabilì contatti personali con i sacerdoti dell'isola, quasi alla maniera di un vescovo, definendo il trattamento economico del clero, decidendo sulla istituzione di nuove parrocchie, come nel caso del trasferimento del curato di Campo a Pianosa, ed interessandosi persino dello spostamento della data di una festività religiosa, quella di Portolongone[73]. Studiò altresì la consistenza dei beni ecclesiastici e di quelli di manomorta o appartenenti

---

69 Ivi, p. 44; Vincenzo Paoli, *Napoleone I all'Elba*, Giannotta Editore, Catania, 1928, pp. 26 -27; André Pons de L'Herault, *op. cit.*, p. 62 -63.

70 André Pons de L'Herault, *op. cit.,*pp. 74-75; Giovanni Livi, *Napoleone all'Isola d'Elba*, Treves Editori, Milano, 1888, pp. 4-6, 258-260. A detta del Taddei Castelli, la circolare era opera del sacerdote Vincenzo Bigeschi, già beneficiato del principe di Piombino Antonio Boncompagni. Lazzaro Taddei Castelli, *Ragguaglio sul soggiorno di Napoleone all'Elba al Principe di Piombino*, a cura di Gianfranco Vanagolli, Livorno, Le Opere e i Giorni, 2012, p. 28. Sul Bigeschi cfr. Vincenzo Paoli, *Chiese e santuari*, nel vol. *L'Elba illustrata*, Portoferraio, Ed. S. Foresi, 1923, p. 163; Gianfranco Vanagolli, *Toscana letteraria minore. Itinerari poetici all'Isola d'Elba*, in *Quaderni di letteratura, arte e storia*, n. 3, 2010, pp. 44 e ss.

71 André Pons de L'Herault, *op. cit.,* p. 91*;* Vincenzo Paoli*, Napoleone I all'Elba,* cit*.,* pp. 56-61.

72 Giuseppe De Cesare, *op. cit.* , p. 178.

73 A documentare la tendenza di Napoleone ad occuparsi anche degli aspetti più minuti della vita ecclesiale è l'incarico ad una commissione di ecclesiastici francesi di redigere il nuovo Catechismo imperiale, messo in circolazione nel mese di agosto del 1806 e imposto a tutte le chiese del suo territorio. Cfr. Carlo Fantappiè, *Chiesa romana e modernità giuridica. Il Codex iuris canonici (1917)*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 953, nt. 74.

agli eremitaggi per un eventuale incameramento, sebbene in corrispettivo di sussidi da accordare ai religiosi a carico del bilancio del piccolo regno[74]. Emblematico di questa linea d'azione è l'intervento a favore del cappellano della Misericordia di Portoferraio. Il 6 agosto 1814, il gran maresciallo di Palazzo Bertrand si vide recapitare un messaggio piuttosto esplicito:

> Le chapelain de la Madone m'a demandé – scriveva l'imperatore – à être confirmé dans son emploi. Soumettez-moi un rapport sur cela. Il serait plus nature de lui donner le revenu de cette chapelle que de laisser ce revenu aux eremites, qui ne sont que ridicules. Le chapelain serait obligé de dire une messe tous les jours, et cela aurait au moins un but de religion. Il en est de même pour les eremites de Porto-longone[75].

Sembra proprio che l'efficienza del sovrano contagiasse anche il *maire* Traditi il quale, il 13 gennaio 1815, indirizzò all'Arrighi una missiva piuttosto dura, lamentando l'inattività del Consiglio dell'Opera della Parrocchia di Portoferraio.

> È già più d'un anno che è stato organizzato in questa città il Consiglio dell'Opera, ed è in egual tempo che la Comune versa nella di lui cassa la somma postale nel budget per supplire alle spese di cui la cura può essere di bisogno, fra le quali è stata ed è precisa intenzione del Consiglio municipale di comprendervi quella della predicazione della divina parola. Io non starò a dirle, Ill.mo Signor Vicario Generale, che la più gran negligenza regna in questa Amministrazione, ma solo mi limiterò ad osservarle, che non è stato dato fin qui alcun rendimento dei conti dei due ultimi trimestri, che nella quinta domenica ed il sei corrente Gennaio non ha avuto luogo alcuna riunione e che il Consiglio [?] non si è fin qui occupato della nomina del predicatore per l'imminente quaresima. Vengo pertanto a pregare V. S. Ill.ma di degnarsi prendere in considerazione le presenti osservazioni ed ordinare che la legge riguardante i Consigli dell'Opera sia d'ora innanzi seguita con più rigore e con più precisione[76].

---

[74] Giuseppe De Cesare, *op. cit.*, pp. 178-179; *Correspondance de Napoléon Ier*, Plon -Dumaine, Paris, 1869, XXVII, pp. 413-414, n. 21614 "Au Général Comte Bertrand, Porto-ferraio, 20 août 1814": "Monsieur le Comte Bertrand, j'ai demandé un raport sur le réglement du lazaret; c'est le moment de l'établir. J'ai également demandé un état de tous les biens ecclésiastiques et de tout que appartient auux mainmortes et aux eremites".

[75] Ivi, p. 408, n. 21603 "Au Gènéral Comte Bertrand, Porto-ferraio, 6 août 1814"; Aulo Gasparri, *Napoleone da vicino attraverso le sue lettere dall'Elba*, Lisola, Portoferraio 1999, p. 48.

[76] ASCP, *Archivio del Governo di Portoferraio*, *Affari generali*, c52, Lettera di Pietro Traditi a

L'ecclesiastico non si lasciava intimorire e rispondeva, miscelando premura ed evasività, con calcolate e lapidarie parole:

> Ho ricevuto la sua lettera datata di ieri, e la ringrazio delle notizie che mi porge rapporto all'amministrazione di questa Chiesa Parrocchiale. Intanto posso assicurarla di tutta la mia sollecitudine, onde le disposizioni della legge a ciò relativa siano eseguite nell'avvenire con maggiore precisione ed esattezza[77].

Al vicario Arrighi Lazzaro Taddei Castelli, prestigioso funzionario del principe di Piombino, muoveva l'accusa di essere complice dell'inesorabile politica persecutoria con cui Napoleone emarginava i propri avversari reali o potenziali. Per questa ragione confidava al proprio signore la convinzione che fosse anche colpa di questo se le rendite del proprio figlio Lorenzo, canonico della cattedrale di Massa Marittima, erano state sottratte alla disponibilità del destinatario[78]. Se il Taddei Castelli non si ingannava, è evidente che un residuo potere sugli affari di propria spettanza al sacerdote còrso era rimasto. Certo è che, almeno ufficialmente, l'imperatore non mancò neppure alla fine dell'esperienza elbana di usargli i riguardi dovuti all'incarico che ricopriva. Della Giunta formata, il 26 febbraio 1815, nell'imminenza della sua partenza dall'isola, fece difatti parte anche l'Arrighi[79]. Tuttavia, ciò non sopì i rancori tra Napoleone e il vicario, tanto che questi, dopo la sconfitta di Waterloo officiò un *Te Deum* di ringraziamento[80].

Di altro tenore furono i rapporti con il Bartolini. A raffreddare gli entusiasmi degli Elbani, che avevano inizialmente intravisto nel nuovo dominio

---

Giuseppe Filippo Arrighi, cc. n. n.

77 Ivi, Lettera di Giuseppe Filippo Arrighi a Pietro Traditi, c. n. n. Cfr. ROBERTO ADRIANI, *Istituzioni elbane*, cit., pp. 184, 311-312.

78 Taddei Castelli così scriveva al principe Luigi Maria Ludovisi Boncompagni il 7 luglio 1814: "Mi fecero vedere [i famigliari] che, così agendo, finivo di rovinare la casa; che essendo io riconosciuto contrario al Governo francese ed all'altro che è sopravvenuto di poi, sarei stato preso di mira dal dominante e suo ministero, ma molto di più da coloro che tripudiano nell'attual cangiamento e che per tal motivo ci hanno per 13 anni perseguitato sotto il giogo del commissario Galeazzini e del Vicario Arrighi con replicate requisizioni, coscrizioni, contribuzioni e tante irrequietezze ed aggravi che solamente per crediti liquidi e certi negati e con mille pretesti contraddetti siamo allo scoperto di 5 in 6 mila franchi, che andiamo a perdere sicuramente. Mi dissero anche che avrebbero perduto un deposito di 250 scudi di frutti beneficiari di Don Lorenzo, sequestrati da Galeazzini da 7 anni a questa parte; che non avrebbero conseguito il diritto di patronato alla Chiesa di Rio, ceduto dalla pietà e clemenza del Signor Principe suo padre, di gloriosa memoria e che come ad Eduardo, mio figlio, nominato e confermato capitano gli si è fatto il torto di tenerlo tenente". (LAZZARO TADDEI CASTELLI, *op.cit.*, pp. 22-23).

79 Ivi, p. 53.

80 VINCENZO PAOLI, *Napoleone I all'Elba*, cit., p. 358.

la soluzione all'endemica povertà dell'isola, intervenne una severa politica fiscale tendente a procurare a Napoleone l'equivalente di quei crediti che non riusciva a riscuotere dal regno di Francia. Gli esattori iniziarono ad esigere implacabili e a Capoliveri scoppiò una vera e propria rivolta. I gendarmi inviati a presidiare le abitazioni degli inadempienti furono malmenati dal popolo esasperato, a capo del quale si pose appunto il Bartolini assieme con i preti Martini e Silvo[81]. La situazione precipitò, tanto che Napoleone, il 16 novembre 1814, ordinò al generale Drout di inviare 230 soldati contro i ribelli con il compito di ottenere il pagamento dei tributi e di arrestare il provicario[82]. Questi, scorto tempestivamente il pericolo, e visti condurre a Portoferraio i citati confratelli[83], nonostante la sua avversione per il sovrano, cercò di spegnere l'incendio che aveva alimentato, realizzando un'operazione d'immagine coronata dal successo quando, pochi giorni dopo avere esortato dal pulpito alla rivolta, sfilò sotto un sontuoso baldacchino accanto all'odiato imperatore, recatosi in visita nel borgo ormai domato. Ovviamente l'arciprete non riuscì ad ingannare il Bonaparte che, il 30 dicembre, inviò nel borgo un ufficiale d'ordinanza, il quale, stando alla poco obiettiva testimonianza del Taddei Castelli, ricordò ai capoliveresi che Napoleone aveva ben altra fermezza rispetto al principe di Piombino[84].

Al di là del poco elegante confronto, sembra evidente la volontà del sovrano di non esasperare le tensioni e. soprattutto di evitare lo scontro frontale con il Bartolini, evidentemente reputato meno decorativo, ma più efficiente, dell'Arrighi. Non a caso, furono i due ecclesiastici subalterni a correre realmente il rischio della fucilazione, mentre l'arciprete ricevette il trattamento di riguardo comunque riservato ai *leader*. E che Napoleone ricercasse un *modus vivendi* con il clero è testimoniato dalla sollecitudine con cui provvide alle necessità spirituali degli abitanti di Pianosa. Come è noto, il Bonaparte, fino dai primi giorni del sui soggiorno all'Elba, progettò di fortificare e ripopolare l'isoletta, abbandonata alla desolazione, per farne un avamposto nel canale di Corsica che gli consentisse di spiare le mosse della

---

[81] Si tratta di Tommaso Silvio e di Andrea Martini, rispettivamente nati a Capoliveri il 12 dicembre 1773, e il 15 maggio 1785. ASCP, *Affari Generali*, c52, *Archivio del Governo di Portoferraio*, "Diocese d'Ajaccio, Etat nominatif des ecclesiastiques de l'Isle d'Elbe, Empire Français", redatto da Assunto Bartolini il 21 aprile 1806, cc. n. n.

[82] L'ordine di arrestare il Bartolini e gi altri due sacerdoti fu impartito direttamente da Napoleone in una lettera del 16 novembre 1814 indirizzata a Drouot. Léon-Gabriel Pélissier, *Le registre de lle d'Elbe. Lettres et ordres inédits de Napoleon I*, Fontemoing Éditeur, Paris, 1897, pp. 198-199; Aulo Gasparri, *op. cit*., p. 84.

[83] Lazzaro Taddei Castelli, *op. cit*., p. 46 47.

[84] Ivi, p. 48.

marina borbonica in quella parte del Mediterraneo. Il 19 maggio 1814 partì dal porto di Campo alla volta di essa e, dopo una navigazione difficile, toccò terra per soggiornare a Pianosa sino al 21. Tornato all'Elba, progettò immediatamente l'ordinamento militare, civile ed ecclesiastico dell'area visitata. Dispose che vi risiedessero un comandante civile, uno militare, un ufficiale del genio, un magazziniere, un deputato di sanità, un medico e un cappellano. Scelse quale cappellano della stessa il sacerdote Antonio Pisani, che lo aveva accompagnato nel corso della sua ricognizione. Agli inizi il presbitero avrebbe dovuto celebrare in un luogo di fortuna, nell'attesa della costruzione di un edificio sacro da adibire a chiesa della futura parrocchia[85]. Abituato a non temporeggiare, Napoleone iniziò ad inviare a Pianosa coloni, oltre che soldati. L'attuazione dell'importante progetto non sfuggì all'occhio vigile del Taddei Castelli che, con la sua consueta meticolosità, ne riferì senza risparmiare note polemiche anche all'operato dell'Arrighi.

> Contansi fra tutti gl'Isolani e soldati più di mille persone spedite in Pianosa con diverse maestranze. I primi lavori sono quelli di formar fornaci da calce e di rendere abitabili le Grotte ne' siti più prossimi al paese, formate dalla natura del luogo; così le case ed abitazioni dirute e di facile riattamento e restauro di fonti, cisterne e fortificazioni, sotto la direzione di un uffiziale del genio; più la chiesa, con la destinazione di un Cappellano campese, che vi celebra la messa col beneplacito, come vien detto, del Vicario Arrighi, quando nel 1766 fu d'uopo ottenersi dal Sommo Pontefice, previa l'informazione del Vescovo diocesano di Massa, cui appartiene la Pianosa non smembrata da quella Mensa episcopale come Diocesi di Populonia[86].

Altri e più cogenti avvenimenti avrebbero distratto Napoleone dal suo proposito, condannando Pianosa a prolungare la propria desolazione. Pur recitando una parte incomparabilmente dimessa rispetto a quella che la sorte aveva assegnato al malvisto imperatore, il Taddei Castelli condivideva con questo l'attenzione a tutto ciò che nelle scelte politiche e amministrative si rifletteva nei rapporti con la Chiesa. Pertanto, nel riportare una notizia diffusasi il 15 settembre, osservava:

---

[85] *Correspondance de Napoléon Ier*, Plon -Dumaine, Paris, 1869, XXVII, pp. 383-384, 21574 "Ordres pour la prise de possession de la Pianosa, Porto-Ferraio, 6 juin 1814": "Le prêtre de Campo qui a été avec moi a la Pianosa serà nommé curé de la paroisse. Il emporterà avec lui ses istruments d'église pour pouvoir dire la messe en plein champ jusqu'à ce qu'on ait établi une église"; Vincenzo Mellini Ponçe de Léon, *L'isola d'Elba durante il governo di Napoleone I*, cit., pp. 146-147.

[86] Lazzaro Taddedi Castelli, *op. cit.*, pp. 33-34.

> Si dà per risoluta la compra che Napoleone [...] ha fatto trattare con circa 150 proprietari di Capoliveri e di Campo e che deve comprendere le tenute e foreste di Capo Stella, Lacona, Acquacalda, Fonza Barbatoia e terreni e macchie di altri vocaboli [...]. Le Proprietà e pertinenza delle Chiese e Comuni non si vogliono pagare nella loro valuta, ma solamente incorporarsi nella compra colla promessa di pagarli il 5%[87].

Come accennato, Napoleone, se da una parte non aveva scrupoli a realizzare i propri progetti con i beni ecclesiastici, dall'altra, non mancava di occuparsi del sostentamento del clero. Perciò, nel *budget des recettes et des dépenses* dell'Isola, spedito al Bertrand il 24 giugno, furono iscritti 6.000 franchi a favore del gran vicario, 1.500 a favore del curato di Portoferraio e 1.800 quale "traitement des nouveaux ecclesiastiques à payer". I franchi destinati a titolo di pensione civile ai religiosi di ambo i sessi ammontava poi a 12.000, non pochi se si considera che per il servizio postale, particolarmente disagevole in un'isola, si accettava di stanziarne 10.420[88].

Dopo la fuga del grande esiliato, l'Elba tornò a fare appello al suo atavico spirito di sopravvivenza, alle sue magre risorse economiche e alla sua allenata capacità di adattamento. Neppure le istituzioni ecclesiastiche si sottrassero a questa faticosa operazione, abituate più delle altre a ponderare prudentemente gli eventi e a non lasciarsene condizionare eccessivamente. Come accennato, la difficoltà di applicare una legislazione concepita nei dicasteri parigini pensando a vasti orizzonti territoriali aveva impietosamente evidenziato la differenza tra la realtà della piccola isola e quella della Chiesa francese. Ciò rese senza dubbio più facile all'inossidabile Bartolini, già il 1° maggio 1815, indirizzare una lettera all'intendente Balbiani con cui, considerata la partenza dell'Arrighi, si metteva a disposizione delle autorità civili per continuare ad occuparsi di quegli affari che aveva sbrigato con innegabile e lucido talento[89].

---

[87] Ivi, p. 40; Vincenzo Paoli, *Napoleone I all'Elba*, cit., p. 358.

[88] *Correspondance de Napoléon Ier,* cit., XXVII, pp. 392-396, nu. 21582 "Au Général Comte Bertrand, Portoferraio, 24 juin 1814".

[89] ASCP, *Affari generali, c44, Archivio del Governo di Portoferraio*; Roberto Adriani, *Don Assunto Bartolini. Il Parroco che seppe navigare nella tempesta napoleonica*, ne *Lo Scoglio*, n. 92, 2011, p. 21.

Edward Schillebeeckx e Karl Rahner: alcune riflessioni sull'attività interpretativa nel diritto e nei rapporti tra Stati e Chiese

Domenico Bilotti

1. *Le premesse della ricerca: il significato della teologia conciliare nel diritto canonico e in quello ecclesiastico, a partire dal profilo di due studiosi dell'Europa Continentale*

Non suscita sorpresa, né clamore, che l'interpretazione del Concilio Vaticano II continui a motivare il dibattito dottrinale[1], non solo tra gli studiosi cattolici[2]. L'assise conciliare si presta, difatti, ad almeno due possibili livelli di lettura: quello interno alle dinamiche ecclesiali, e alla loro precipua conformazione giuridica, dove bisogna capire in quale misura il Concilio costituisca, o abbia costituito, motivo di discontinuità e dove, invece, abbia rappresentato un'ipotesi di continuità e di stabilità nella storia della Chiesa[3];

---

[1] Dibattito destinato a perdurare. In un'amplissima bibliografia, è opportuno richiamare: Giuseppe Alberigo, *Breve storia del Concilio Vaticano II*, il Mulino, Bologna, 2005; Francesco Saverio Venuto, *La recezione del Concilio Vaticano II nel dibattito storiografico dal 1965 al 1985*, Effatà, Cantalupo, 2011 (sul quale, aprendo spazio a possibili, ulteriori, approfondimenti critici, v. anche la *recensione* di Santiago Casas, in *Anuario de Historia de l'Iglesia*, 2013, pp. 489-499). Per voci recenti relative alla dottrina italiana del diritto canonico, v., tra gli altri, Romeo Astorri, a cura di, *Fede, comunione e diritto. Eugenio Corecco e la canonistica postconciliare*, EuPress, Lugano, 2014.

[2] Sulla rilevanza del Concilio Vaticano II, anche per le confessioni religiose diverse da quella cattolica e, ancor più significativamente, per le espressioni della religiosità collettiva non appartenenti alla cultura giudaico-cristiana, cfr. Francesco Coccopalmerio, *La partecipazione degli acattolici al culto della chiesa cattolica nella pratica e nella dottrina della Santa Sede dall'inizio del sec. XVII ai giorni nostri. Uno studio teologico sull'essenza del diritto di prendere parte al culto cattolico*, Morcelliana, Brescia, 1969, pp. 173 e ss.; nella rilettura di alcuni, possibili, precedenti storici, v. Carlo Fantappié, *Chiesa romana e modernità giuridica*, Tomo II, *Il Codex Iuris Canonici (1917)*, Giuffré, Milano, 2008, pp. 587 e ss.

[3] Il Magistero sembrerebbe, comunque sia, avere optato per una interpretazione tale da non rimuovere l'oggettiva epocalità del Concilio Vaticano II, ma anche in grado di inquadrarne nuovamente le acquisizioni nell'ambito della "continuità". Una scelta siffatta potrebbe rispondere alla particolare formazione teologica degli ultimi Pontefici. Cfr., stando a due raccolte di saggi meritoriamente pubblicate sul mercato nord-americano, Joseph Ratzinger, *Theological Highlights of Vatican II*, Paulist

quello, di tipo più ampiamente sociale e culturale, nell'ambito del quale è utile provare a capire se il Concilio Vaticano II abbia determinato dei mutamenti che sono permeati nella società civile, nella comunità dei giuristi e anche nel rapporto tra le diverse confessioni religiose[4]. Si preferisce tradizionalmente verificare entrambi i punti di vista partendo dai *documenti* del Concilio medesimo: un *corpus*, in realtà, che ha un limitato impatto in una prospettiva esclusivamente normativistica, ma ben più pregnante significato nella rilettura delle innovazioni normative conosciute dal diritto canonico nell'ultimo cinquantennio. Tale metodologia d'analisi può essere, però, di molto arricchita, non appena si cerchi di individuare quali siano stati i veri motivi ispiratori della ecclesiologia conciliare e quali studiosi abbiano favorito l'evidenziazione di alcuni temi, in luogo di altri: i loro spunti, non sempre recepiti persino alla conclusione dei lavori, e, comunque sia, non occasionalmente disattesi, nella lunga e, forse, non conclusa stagione attuativa delle disposizioni conciliari, consentono di dar luogo ad analisi più sistematiche, parimenti in grado di interrogare la prospettiva *de iure condito* e quella *de iure condendo*. Si comprenderà, perciò, la ragione della scelta compiuta: partire dall'opera di Edward Schillebeeckx e Karl Rahner. Due studiosi la cui influenza nel dibattito degli anni Sessanta, Settanta e, parzialmente, Ottanta, fu di portata vastissima e, in qualche misura, trasversale alle diverse appartenenze di fede, di cultura e di dogmatica laica[5]. Entrambi, però, presto ricondotti sotto un *cono d'ombra*, almeno nella rilettura giuridica del loro pensiero, che, ben al di là dell'apprezzamento o della contestazione alle rispettive tesi, è stato immotivatamente espunto dai più comuni orientamenti di studio[6]. Non si proporrà, perciò, una rivalutazione dei due teologi, né

Press, New York, 2009, p. 45; ancor prima Karol Wojtyla, *Sources of Renewal: the Implementation of the Second Vatican Council*, Harper & Row, San Francisco, 1979, pp. 15-18.

[4] Con grande lungimiranza, può richiamarsi in proposito lo sforzo dialogico proposto in Cinto Busquet, *Incontrarsi nell'amore. Una lettura cristiana di Nikkyo Niwano*, trad. it. Città Nuova, Roma, 2009, pp. 9 e ss. In una prospettiva più sistematica, vedasi il volume Enrico Bertoni, a cura di, *Il dialogo interreligioso come fondamento della civiltà*, Marietti, Genova, 2009.

[5] Appare, anzi, che la vitalità del dibattito abbia riguardato solo in parte la scienza giuridica, che si trovava in una fase densa di incognita sui nuovi sviluppi, anche nell'ambito canonistico. Ricostruisce problematiche, aspettative e spunti di questo periodo Luciano Musselli, *Chiesa cattolica e comunità politica. Dal declino della "potestas indirecta" alle nuove impostazioni della canonistica postconciliare*, Cedam, Padova, 1975. Quanto allo specifico (e, ad avviso dell'A., limitato) recepimento delle innovazioni conciliari nelle prassi ecclesiali, con la conseguente e progressiva marginalizzazione di quanti avessero sostenuto le opzioni maggiormente evolutive, v., tra gli altri, Giovanni Franzoni, *Concilio tradito, Concilio perduto?*, in *Adista – Documenti*, 72, 2011, p. 4.

[6] Almeno riguardo a Rahner, risulta di evidente attualità quanto affermato in Antonino Mantineo, *La Chiesa nella società contemporanea. Ripensando a Rahner: echi teologici e profili canonistici*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose* (http://www.olir.it), Giugno 2005, p. 1: "*in Italia,*

una loro rivisitazione per adattarne artificiosamente il pensiero e l'opera a quelle problematiche, più attuali, che alle volte compresero e che, alle altre, non colsero appieno. Semmai, si proverà a verificare se un certo approccio ermeneutico, pur nelle diverse prospettive, poi, nei fatti sviluppate, possa essere di aiuto all'attività del giurista, e fino a che punto, nel misurarsi, più pragmaticamente, coi problemi concreti della cristianità dei giorni nostri.

È opportuno rilevare che una delle ragioni che motivano il particolare interesse nei confronti di Rahner e di Schillebeeckx consiste nel clima culturale che rese possibile la diffusione della loro opera e la circolazione del loro pensiero. Tanto Schillebeeckx quanto Rahner, infatti, appartengono a quella prestigiosa leva di teologi che espresse il proprio pensiero e sollecitò nuovi motivi di dibattito nei confronti dei canonisti, degli storici del diritto e degli studiosi tutti, attraverso le pagine della rivista *Concilium*: rivista che mosse i propri passi iniziali nell'ambito prettamente teologico, ma che, in linea con quella teologia del confronto e dello studio che aveva avuto voce, in campo internazionale, attraverso il Concilio Vaticano II, anche oggi non disdegna (anzi, incentiva) il rapporto con le altre discipline e con le altre culture. Nonostante sia impressione diffusa che alla rivista *Concilium*, e all'ambiente storico-culturale che ne rese possibile la formazione e pubblicazione, si oppose il gruppo di lavoro dell'altro grande periodico teologico del *post-concilio*, *Communio*, questa valutazione risulta non sempre pertinente con l'analisi dei profili e delle opere dei più illustri collaboratori di entrambe

---

non solo nel mondo accademico civile, ma forse anche in quello ecclesiale, sia cattolico che delle altre Chiese cristiane, la ricorrenza del centenario della nascita di Rahner è quasi passata sotto silenzio, come tentati da una sorta di oblio collettivo o, comunque sia, dalla volontà di buttarsi alle spalle e di ritenere superata l'eredità culturale, profonda ed originale consegnataci dal grande teologo tedesco". *Ivi*, p. 2, n. 5, si ricorda opportunamente l'edizione italiana dell'opera *Schriften zur Theologie* per come segue: "*[…] è stata pubblicata […] in 17 volumi, dalle edizioni Paoline […]: 1)* Saggi teologici*, 1965; 2)* Saggi di cristologia e di mariologia*, 1967; 3)* Saggi di antropologia soprannaturale*; 1968; 4)* Saggi sui sacramenti e sull'escatologia*, 1969; 5)* Saggi sulla Chiesa*, 1969; 6)* Saggi di spiritualità*, 1969; […] 7)* Nuovi saggi I*, 1969; 8)* Nuovi saggi II*, 1968; 9)* Nuovi saggi III*, 1969; 10)* Nuovi saggi IV*, 1973; 11)* Nuovi saggi V*, 1975; […] 12)* La penitenza della Chiesa*, 1968; […] i volumi tedeschi dal 12° al 16° corrispondono nell'edizione italiana a 13)* Teologia dell'esperienza dello spirito (Nuovi saggi VI)*, 1978; 14)* Dio e rivelazione (Nuovi saggi VII)*, 1981; 15)* Sollecitudine per la Chiesa (Nuovi saggi VIII)*, 1982; 16)* Scienza e fede cristiana (Nuovi saggi IX)*, 1984; 17)* Società umana e Chiesa di domani (Nuovi saggi X)*, 1986*". Tra i lavori più sistematici del teologo, preme ricordare Karl Rahner, *Corso fondamentale sulla fede. Introduzione al concetto di cristianesimo* (1976), trad. it. Paoline, Alba, 1977, e, ancor prima, il fondamentale Id, *L'elemento dinamico nella Chiesa. Principi, imperativi concreti e carismi* (1958), trad. it. Queriniana, Brescia, 1970 (in esso, la dialettica tra la componente effettuale e dinamica dell'ordinamento canonico e la sua essenziale struttura istituzionale sembra consentire di approntare una metodologia non estranea agli scopi e alla pratica del giurista. Su aspetti, in larga misura, similari, si ricordi, per tutti, Salvatore Berlingò, *Il ministero pastorale di governo: titolari e contenuto*, in Carmela Russo Ruggeri, a cura di, *Studi in onore di Antonino Metro*, Giuffré, Milano, 2010, pp. 121 e ss.).

le pubblicazioni[7]. Da un lato, Congar[8], Metz[9], gli stessi Rahner e Schillebeeckx, nonché, destinato ad avere il maggior successo editoriale, tra tutti, l'eclettico Hans Küng[10]; dall'altro, Hars Urs von Balthasar[11], Henri de Lubac[12], Jean-Luc Marion[13] e, destinato a numerosi onori nel corso della propria vita, Joseph Ratzinger[14]. A ben vedere, adottare le categorie, abusate, di "progressisti" e "reazionari", inadeguate anche nel descrivere i fenomeni culturali della società civile, è poco indicativo del percorso concettuale, nei fatti perseguito dalle due diverse *compagini* editoriali e *scuole* di pensiero. Se, infatti, *Concilium* ha il merito di anticipare molti temi su cui converge-

---

[7] Emblematicamente, al riguardo, la dichiarazione di intenti ravvisabile in STEPHAN ACKERMANN, *The Church as Person in the Theology of Hans Urs von Balthasar*, in *Communio*, 2, 2002, pp. 238 e ss., che pone l'opera del teologo von Balthasar e, in parte, quella di Karl Barth (orientamento simile in ENRICO CERASI, *Il paradosso della grazia. La teo-antropologia di Karl Barth*, Città Nuova, Roma, 2006, pp. 169 e ss.), al di fuori delle categorie abituali della *classificazione* ideologica.

[8] In particolar modo per Congar, più che per molti degli altri teologi e studiosi che saranno richiamati nel lavoro, il rapporto con le gerarchie fu controverso, denunciando, ad avviso dello stesso cardinale francese, un diffuso arretramento rispetto allo spirito del Concilio, mai concretizzatosi, ad esempio, in un complessivo piano di riforma delle diverse Congregazioni. Su tali aspetti, per quanto assai sintetico, v. PIERO PISARRA, *La furia di un mite*, in *Jesus*, 3, 2001 (consultato in *http://www.stpauls.it*). Più analiticamente, cfr. SERGIO TANZARELLA, *Le speranze del Concilio Vaticano II: dalla Chiesa costantiniana alla Chiesa dei poveri*, in Antonino Mantineo, Stefano Montesano, Luigi Guzzo, Domenico Bilotti, a cura di, *La speranza torna a parlare*, La Meridiana, Molfetta, 2014, pp. 113-119.

[9] Sull'influenza della teologia politica di Johann Baptist Metz nel dibattito italiano, v. GIUSEPPE RUGGIERI, *Chiamati alla verità. Saggi sulla responsabilità della fede e della teologia*, Jaca Book, Milano, 1975, pp. 71 e ss.; molto più recentemente, ma senza smentire quella prospettiva, cfr. FABRIZIO RINALDI, *Fede, politica e esperienza di salvezza. La teologia politica di Edward Schillebeeckx*, Amazon Printed, Seattle, II ed., 2013, pp. 34 e ss.

[10] Nella vastissima opera del teologo, val la pena di segnalare, almeno, le opere più sistematiche, tra quelle realizzate negli anni del Concilio o subito dopo questi: HANS KÜNG, *Riforma della Chiesa e unità dei cristiani* (1960, 1963), trad. it. Borla, Roma, 1965; ID, *La Chiesa* (1967), trad. it. Queriniana, Brescia, 1969. Per un primo sguardo a polemiche più recenti, v. ANDREA TARQUINI, *Küng: "Chiesa e fedeli troppo distanti, ora Francesco deve cambiarla"*, in *la Repubblica*, 10 Febbraio 2014.

[11] Sulla prospettiva di von Balthasar, anche in rapporto ai teorici sulla cui riflessione si concentrerà il presente saggio, cfr. FRANCO GIULIO BRAMBILLA, *Salvezza e redenzione nella teologia di K. Rahner e H. U. von Balthasar*, in *La Scuola Cattolica*, 108, 1980, pp. 167-234.

[12] Sulla oggettiva difficoltà che sussiste, nel cercare di attribuire una troppo sbrigativa categorizzazione a un pensatore come de Lubac, per altro verso spesso proiettato in un franco e articolato dibattito con i fautori di posizioni distinte dalla propria, v. FAUSTO GIANFREDA, *Il dibattito sulla "natura pura" tra H. de Lubac e K. Rahner*, Pazzini, Villa Verucchio, 2007.

[13] Per un'accurata presentazione dell'opera di Marion si rinvia a GIOVANNI FERRETTI, *Presentazione. Ripresa e radicalizzazione della fenomenologia*, in Id, a cura di, *Fenomenologia della donazione. A proposito di Dato che di Jean-Luc Marion*, Morlacchi, Perugia, 2002, pp. 3 e ss.

[14] E alle pagine di *Communio* Joseph Ratzinger destina il suo più compiuto scritto, tra quelli concernenti le idee del teologo tedesco sul futuro del cristianesimo in Europa (e, in parte, su quello della regolamentazione civile del fatto religioso); v., infatti, JOSEPH RATZINGER, *Difficulties Confronting the Faith in Europe Today*, in *Communio*, 4, 2011, pp. 728 e ss.

rà, nei decenni, l'attenzione del diritto ecclesiastico e di quello canonico (le insoddisfazioni per la codificazione canonica del 1983, la valenza giuridica del dialogo *interreligioso* e le prospettive di sviluppo di quello *ecumenico*, in alcuni frangenti il preoccupante aggravarsi delle diseguaglianze sociali e dei conflitti bellici), la rivista *Communio* non è, per ciò solo, testimonianza di secondo piano per comprendere le dinamiche ecclesiali e lo sviluppo delle scienze teologiche, soprattutto a partire dagli anni Ottanta. Due temi possono essere, in questa sede, anticipati. Innanzitutto, spesso si utilizzeranno i contributi apparsi sulla rivista *Communio* per far più analitico riferimento alle posizioni assunte, nei decenni, dalla Congregazione per la Dottrina della Fede[15] (ben al di là del ruolo svoltovi da Joseph Ratzinger, prefetto della Congregazione dal 1981 sino all'elevazione al soglio pontificio): negli anni di maggiore prolificità di Rahner e Schillebeeckx, e, soprattutto, a conclusione della vicenda biografica e personale del primo, l'orientamento teologico prevalente sarà quello di una particolare *ermeneutica della continuità*, rispetto al Concilio, ben distinta dalle posizioni più coraggiose ospitate sulle pagine di *Concilium*. In secondo luogo, e proprio in merito a quest'ultima rivista, si ricordi che fu lungamente sede della segreteria internazionale Nimega, la città olandese dove Schillebeeckx ha vissuto sostanzialmente sino alla morte. Se si volesse, invece, proseguire nel tentativo di rinvenire nelle riviste teologiche la riproposizione delle categorie, esse stesse *stereotipate*, della politologia e della politica del diritto di derivazione occidentale, e in special modo quelle della *conservazione* e della *reazione*, tale ruolo fu più appropriatamente svolto dalla rivista trimestrale *Renovatio* (che pure, sul piano metodologico, finiva per portare alcuni segni dell'ermeneutica conciliare, ospitando frequenti interventi di cultura religiosa di taglio letterario e filosofico): essa, nata per impulso degli arcivescovi Siri e Ruffini[16], nel contesto di un'iniziativa che aveva meritato qualche scetticismo da parte dello stesso Paolo VI -almeno a convalidare alcune delle ricostruzioni più attendibili[17]-, fu, comunque sia,

---

[15] Sugli aspetti cristologici maggiormente criticati nel "secondo" Schillebeeckx, la posizione teorica può, ad esempio, essere ritenuta simile a quella espressa in STRAFORD CALDECOTT, LÉONIE CALDECOTT, *Divine Touch: a Meditation on the Laying on of Hands in the Church*, in *Communio*, 3, 2011, pp. 422 e ss.; sui rapporti tra i *christifideles* e la *res publica*, in un'ottica di impegno, quivi, però, ben distinguibile dal concetto di militanza civile, cfr., tra gli altri, JEAN-CHARLES NAULT, *Acedia: Enemy of Spiritual Joy*, in *Communio*, 2, 2004, pp. 236 e ss.

[16] Non senza riuscire a interpretare, però, un sentimento diffuso in ambito episcopale, che, in sostanza, avrebbe inteso evitare un'ermeneutica conciliare troppo attenta ai nuovi rapporti tra la Chiesa e il mondo. Per una prima conferma giungente dalla storiografia di marca laicale, cfr. FRANCESCO BARBAGALLO, *Storia dell'Italia repubblicana. La trasformazione dell'Italia: sviluppo e squilibri*, Einaudi, Torino, 1995, pp. 341 e ss.

[17] V. FRANCESCO SAVERIO VENUTO, *La recezione del Concilio Vaticano II*, cit., pp. 118 e ss.

solido punto di riferimento per quella parte di opinione pubblica cattolica (soprattutto episcopale) che sin da subito si schierò per un'*ermeneutica della continuità*, interpretata, forse, in modi e stili ancor più rigorosi di quanto fecero i singoli esponenti della rivista *Communio*[18].

2. *Karl Rahner: verso un approccio teologico all'ermeneutica laica nell'ambito giuridico. Profili problematici ed elementi di interesse*

Se dal profilo strettamente bio-bibliografico si passa ad una prima valutazione circa il recepimento dell'opera e la valorizzazione giuridica dei suoi elementi più interessanti, tra quelli individuati nel corso di un'elaborazione concettuale pluridecennale, ci si rende agevolmente conto di come su Rahner, prima ancora che su Schillebeeckx, gravi un giudizio diffuso apparentemente paradossale[19]. Dalla fine degli anni Cinquanta e per tutti i Sessanta, l'opera di Rahner si dimostra particolarmente importante e incisiva, anche nell'enucleazione delle innovazioni introdotte, attraverso il Concilio Vaticano II, e nella rilettura di quelle modificazioni socio-giuridiche che connotano ancora più visibilmente gli ordinamenti civili. Può notarsi, infatti, come prima del Concilio vi fossero, almeno, due distinti orientamenti ecclesiologici: uno sostanzialmente incline a un aggiornamento prudenziale delle strutture ecclesiastiche, ma in linea di continuità con le scelte adottate nell'ordinamento canonico anche sul piano prettamente normativo[20]; uno che invocava a gran voce una trasformazione che avrebbe dovuto riguardare sia l'aspetto istituzionale che quello pastorale[21]. Anche se in più punti le risultanze decisorie del Concilio sembrano risentire di una tentata mediazione tra più opzioni *ab origine* divergenti, se non quando reciprocamente alternative, la linea prevalente, alla pubblicazione degli *atti*, sembra, poi, essere

---

[18] Per alcune proposte interpretative, che insistono sui temi della *continuità* e sul ridimensionamento teologico e giuridico del recepimento massmediologico del Concilio, v. LEO SCHEFFCZYK, *Sacred Scripture: God's Word and the Church's Word*, in *Communio*, 1, 2001, pp. 26 e ss.; per una ricostruzione storico-dottrinale ancor più percepibilmente legata a tale ermeneutica *conservativa*, cfr. JACQUES SERVAIS, *The Evangelical Counsels and the Total Gift of Self*, sulla medesima *rivista*, 3, 2004, pp. 362 e ss.

[19] Si veda, ancora, ANTONINO MANTINEO, *La Chiesa nella società contemporanea*, cit., pp. 12-13.

[20] Dà conto di entrambe le istanze richiamate nel testo FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Rinnovamento teologico e "aggiornamento" conciliare (1959-1973)*, in *Diritto e Religioni*, 2007, pp. 368-373.

[21] Per una ricostruzione di questo secondo orientamento dottrinale, ancorché sollevando al riguardo diffuse criticità, vedasi WALTER INSERO, *La Chiesa è "missionaria per sua natura" (AG 2)*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2007, pp. 487 e ss.

quella di una generazione di teologi in cui Rahner si trova non occasionalmente sulle posizioni di Congar o di Metz (altri due studiosi che avranno, in dottrina, alterno recepimento, subendo più di qualche incomprensione sul loro stesso lascito concettuale[22]). Nei due decenni successivi, tuttavia, nonché in modo più evidente con la codificazione canonica del 1983, che supera in più punti l'impianto del *Codex* del 1917[23], ma senza accogliere fino in fondo i principi individuati dal Concilio, avviene un singolare rovesciamento. Appare esercizio a dir poco arduo cercare di capire da cosa ciò sia stato determinato: se dal timore dell'Episcopato di avere spostato troppo in avanti la riflessione canonistica e, perciò, dalla considerazione di dovere adottare un nuovo bilanciamento, o, piuttosto, dall'inevitabile ritorno di quelle istanze *preconciliari* che non avevano creduto fino in fondo alle ipotesi di una modernizzazione autentica e radicale. Il mutamento di contesto significa, però, che gli Autori, che avevano rappresentato la più autorevole ed emblematica premessa teoretica all'instaurazione di nuove prassi ecclesiastiche, progressivamente perdano la propria centralità nel dibattito dottrinale e divengano, nella *communis opinio*, espressione di sensibilità minoritarie e marginali, in dissenso col Magistero e, forse, poco attente allo svolgimento legislativo canonico, quale quello che andava delineandosi, dal 1983 in poi. All'interno di questo mutamento di paradigma, la posizione di Rahner assume un ulteriore carattere di eccezionalità. Rahner seguita ad essere la voce più rappresentativa di un nuovo modo di concepire la dimensione giuridica della Chiesa e dei suoi rapporti coi diritti statuali, per effetto di una attività di ricerca svolta con notevole impegno e una attitudine non comune al confronto con tutte quelle posizioni che stanno anche al di fuori della *comunione* con la *sedes* di Roma, ma il rischio è che ciò serva a farne essenzialmente una figura di confine, il più coerente e il meno indifendibile degli *eterodossi*, e pur sempre Autore non pienamente assumibile in corrispondenza e conformità al Magistero e alla teologia *canonica* (quella più attenta all'esegesi letterale e alla configurazione dell'attività ermeneutica nei soli confini dell'ordinamento canonistico, che torna così ad esser visto come implicitamente e moralmente sovraordinato a tutte le esperienze delle civiltà giuridica contemporanea[24]).

---

[22] Dando seguito, comunque sia, a una riflessione che resta, anche oggi, particolarmente vitale, come ben si sottolinea in Carmine Luigi Ferraro, *Recenti studi su Enrique Dussel in Italia*, in *Segni e comprensione*, 45, 2001, pp. 85-95. *Ivi* (pp. 93 e ss.), vedasi la completa bibliografia al riguardo.

[23] Sull'attitudine della prima codificazione canonica a costituire, in una certa misura, un termine di paragone anche per il legislatore codicistico del 1983, cfr., tra gli altri, Carlo Fantappié, *Il* Codex Iuris Canonici *del 1917 e la modernità giuridica della Chiesa*, in Giacomo Losito, a cura di, *La crisi modernista nella cultura europea*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 2012, pp. 55-66.

[24] Una critica a tale impostazione può rinvenirsi in Vincenzo Ferrone, *La "sana laicità" della chiesa*

Le ragioni di un atteggiamento similare vanno probabilmente ricercate nell'inedita apertura che Rahner offre rispetto ai movimenti socialisti[25], non già allo scopo di legittimare quegli ordinamenti giuridici civili che, traendo legittimazione dalla teoria marxista, imponevano ai propri consociati una accezione indotta, impositiva e fortemente coattiva di ateismo, quanto piuttosto per individuare una soggettività sociale, realmente di massa, in grado di convergere su alcuni obiettivi essenziali e su alcuni principi fondamentali: l'assistenza ai poveri e agli oppressi[26], il rifiuto delle dittature militari[27], l'impegno collettivo per favorire il disarmo e la dissoluzione pacifica del neocolonialismo[28]. È singolare, però, che sia stato questo aspetto, ancorché raramente dichiarato tra i più fondati motivi di critica nei confronti di Rahner, ad ingenerare le maggiori perplessità dal punto di vista teorico: su tali profili, infatti, la posizione del teologo tedesco non sembra particolarmente innovativa. Lo è, in misura maggiore, quando rifiuta l'ateismo di Stato, ritenendolo espressione di un confessionismo non espresso ma cogente, e non meno invasivo di quando ad essere qualificata come religione di Stato era la religione cattolica, intuendo un orientamento che si è diffuso più chiaramente nella pubblicistica civile degli ultimi decenni: la previsione costituzionale di una scelta *negativa* in materia di religione (rifiuto della religione) non costituisce la massimizzazione della sottesa libertà *negativa* (ad esempio, il non credere affatto, se il diritto di libertà che si usa come parametro è il diritto di libertà religiosa), bensì realizza l'imposizione *tout court*

---

bellarminiana di Benedetto XVI tra "potestas indirecta" e "parresia", in *Passato e presente*, 73, 2008, pp. 21-40.

[25] Per cogliere tale passaggio, si rivelano imprescindibili le pagine scritte in Jürgen Moltmann, *L'*Ateismo nel Cristianesimo *di Ernst Bloch*, in Ernst Bloch, *Ateismo nel Cristianesimo. Per la religione dell'Esodo e del Regno. "Chi vede me vede il Padre"* (1968), trad. it. Feltrinelli, Milano, 2005, pp. 355 e ss.

[26] In merito, una difforme rilettura sul pensiero di Rahner può rinvenirsi in Ugo Spirito, *Cattolicesimo e comunismo: metafisica delle masse, TV e compromesso storico*, Armando, Roma, 1975, pp. 169-170.

[27] Tale lettura implica, perciò, un più vasto ripensamento, interno al mondo cattolico, sui temi della nonviolenza e dell'accentuazione dei diritti di libertà. La problematica è posta con particolare rigore storiografico in Antonio Acerbi, *Chiesa e democrazia: da Leone XIII al Vaticano II*, Vita e Pensiero, Milano, 1991, pp. 203 e ss.

[28] Sulla base di intendimenti, invero, assai simili una parte della cultura socialista ricercava vicinanza e legittimazione nel confronto coi movimenti ecclesiali che condividevano tali prospettive (ad esempio, focalizzandosi su una maggiore attenzione nell'attuazione dei diritti di libertà, per come osservato in Stefano Rodotà, *Libertà e autonomie nel "progetto socialista"*, in Aa.Vv., *Emergenza e alternativa: un disegno di trasformazione della società italiana per uscire dalla crisi nella direzione del socialismo*, Cidos, Milano, 1978, pp. 43-49).

di una scelta religiosa[29]. Non sembrano innovativi, invece, i temi in forza dei quali Rahner individua le possibilità di un dialogo proficuo e trasparente tra marxisti e cattolici[30]. Il fulcro della riflessione di Rahner, in materia di teologia politica, si colloca tra gli anni Sessanta e gli anni Settanta, come per la maggior parte dei temi individuabili nell'opera del teologo -ciò è dovuto ad evidenti ragioni anagrafiche: non ancora riconosciuto quale pensatore di primo piano negli anni Cinquanta, morirà nel 1984. In quel periodo storico, nei Paesi europei che pure si erano sottratti all'invasiva influenza dell'Unione Sovietica, i partiti comunisti avevano, comunque sia, un forte consenso sociale (Italia, Francia) e, di là dalle dichiarazioni che spesso insistevano su un anticlericalismo di facciata, poco rispettoso della reale e quotidiana sensibilità religiosa dei propri iscritti e sostenitori (ad esempio, in Spagna, nonostante i limiti alle libertà politiche che proseguirono nel periodo franchista), non perseguivano ostilità preconcette nei confronti dell'associazionismo cattolico più attento a temi di impegno civile e sociale. Non solo: nei Paesi dell'Europa centro-settentrionale, che Rahner conosceva senz'altro più approfonditamente di quelli dell'area latina, il fatto che non vi fossero partiti apertamenti richiamantisi al marxismo-leninismo, non implicava l'inesistenza di forti movimenti civili, influenzati dalle dottrine socialiste, anche se di ispirazione più evidentemente democratica, occidentale e pluralistica: quella *socialdemocrazia europea* che si preoccupava di accrescere le attribuzioni del *welfare state*, promuovendo attivamente, nello stesso tempo, organizzazioni di mutualismo territoriale che favorissero e consolidassero l'integrazione sociale, attraverso la leva dell'impegno culturale, della mobilitazione pubblica, dei finanziamenti e delle agevolazioni al cd. *terzo settore*[31]. Negarsi un qual-

---

[29] Giova in una prospettiva comparistica puntuale il riferimento a Giovanni Fornero, *Laicità debole e laicità forte. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità*, Mondadori, Milano, 2008, p. 274; per una visione più articolata sui rapporti tra ateismo ed ordinamento giuridico, cfr. Giovanni Cimbalo, *Ateismo e diritto di farne propaganda tra dimensione individuale e collettiva*, nei *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2011, pp. 113 e ss.; sulla medesima *rivista* di interesse anche Pierangela Floris, *Ateismo e costituzione*, (in special modo, pp. 98-102).

[30] Anche perché essi risultavano sostanzialmente condivisi nell'esperienza di alcune prassi locali, concretamente verificabili e storicamente accadute. V., al riguardo, Giuseppe De Rosa, *Cattolici e comunisti oggi in Italia: via italiana al socialismo e dialogo con i cattolici*, Civiltà Cattolica, Roma, 1966, pp. 6-13; Vannino Chiti, *Laici & Cattolici. Un dialogo con il cardinale Silvano Piovanelli*, Giunti, Firenze, 1999, pp. 97 e ss.; si vogliano ricordare, in quanto di particolare pregio, le pagine dedicate al tema in Lucio Magri, *Alla ricerca di un altro comunismo*, il Saggiatore, Milano, pp. 55 e ss.

[31] Tra le numerose letture che confermerebbero tale quadro, v. Luciano Nicastro, *Il socialismo "bianco". La via di Mounier*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, pp. 103 e ss.; per quanto nell'ottica di una prospettiva, specificamente volta a validare l'affermazione di una determinata esperienza politica, cfr. Enrico Morando, *Riformisti e comunisti? Dal PCI al PD. I "miglioristi" nella politica italiana*, Donzelli, Roma, 2010, pp. 105 e ss.; una, ormai, classica rappresentazione dei limiti e dei

che tipo di confronto con una quota così rilevante della popolazione attiva e, per altro verso, direttamente impegnata nella circolazione delle idee e nel sostegno alla cultura, soprattutto su questioni di giustizia sociale e su temi di attualità che l'opinione pubblica cattolica non rigettava *a priori* (azioni internazionali a favore della pace, salvaguardia ambientale, assistenza agli esclusi dai sistemi statuali di protezione sociale), avrebbe, molto probabilmente, significato aggravare la distanza tra la *gerarchia* e la *base*, tra i praticanti più scrupolosi e tradizionalisti e i diversamenti credenti… tra la chiesa e il mondo. Rahner intuisce, al più, l'indefettibilità di tale confronto e, più di altri, insiste sulla sua improcrastinabilità. Nel disporsi al condurlo, comunque sia, non appare violare alcuna previa impostazione teologica o canonistica, né adottare dei criteri di ricerca ermeneutica deliberatamente *extra-testuali* o, peggio, *anti-istituzionali*. Semmai, prosegue nel solco individuato dal Concilio, addirittura approfondendone gli aspetti più immediatamente involventi il tema dell'evangelizzazione. Non è al marxismo che cede, ma alle necessità dei tempi.

In numerose altre circostanze, la asserita distanza tra la posizione di Rahner e quella difendibile sulla base della tradizione teologica e della prassi ecclesiastica si rivela più apparente che reale: conseguenza di interpretazioni diverse delle medesime fonti. In una delle controversie più dibattute della sua vita accademica, Rahner si dispose a difendere, servendosi delle risultanze dei Concili e della patristica, la sua teoria del *cristianesimo anonimo*[32], un modo originale attraverso cui assumere la lezione della *Dignitatis Humanae*, la Dichiarazione del Concilio sulla libertà religiosa, riuscendo ad attribuire alla libertà dell'uomo e alla sua dignità anche nell'errore un significato escatologico e soteriologico. Karl Rahner, riprendendo addirittura la teologia tridentina[33] e, ancor più, il particolare recepimento di sant'Ambro-

meriti della socialdemocrazia europea trovasi in Anthony Giddens, *La Terza Via* (1998), trad. it. il Saggiatore, Milano, 2001. Per descrivere un sistema di regolamentazione civile del fatto religioso, che sembra avvicinarsi agli elementi individuati *supra* nel testo e che è fondamentalmente corrispondente a quello in concreto vissuto da Schillebeeckx, cfr. Giovanni Cimbalo, *I rapporti finanziari tra Stato e confessioni religiose nei Paesi Bassi*, Giuffré, Milano, 1989.

[32] Nella pluralità di opzioni ermeneutiche, che sono sorte nel rapportarsi alla nozione *rahneriana* del *cristianesimo anonimo*, paiono doversi sottolineare alcuni approcci: sul significato dell'elaborazione di Rahner ai fini dell'evangelizzazione, nel nuovo *ordine* globale, Edoardo Scognamiglio, *Il volto di Dio nelle religioni. Un'indagine storica, filosofica e teologica*, Paoline, Cinisello Balsamo, 2001, pp. 125 e ss.; ancor prima, sui rapporti tra la teoria del teologo tedesco e la Costituzione dogmatica *Lumen Gentium*, v. Angelo Scola, *Avvenimento e tradizione: questioni di ecclesiologia*, Jaca Book, Milano, 1987, pp. 55 e ss.; a ribadire le opportunità di una proficua connessione tra il pensiero di Rahner e quello di Schillebeeckx, cfr., per tutti, Giuseppe Silvestre, *Quale salvezza fuori dalla Chiesa? Il cristianesimo anonimo nella teoria di Edward Schillebeeckx,* Editoriale Progetto 2000, Cosenza, 1995.

[33] La rilevanza della Dichiarazione ricordata, ai fini del diritto e dell'attività dell'interprete, è

gio[34] che essa aveva posto (e, forse, non sempre approfondito con la stessa consapevolezza ermeneutica), conclude che cristiani siano *in potenza* tutti gli uomini e le donne, a prescindere da una specifica scelta esistenziale o religiosa. Alcuni hanno ricevuto il battesimo e sono, anche per l'ordinamento canonico, *christifideles*, i fedeli in Cristo che partecipano della vita della *ecclesia* e si rivolgono al suo ordine in vista della *salvezza delle anime*. Tale salvezza non è preclusa agli altri, ove siano genuinamente proiettati ad agire secondo coscienza: sono *cristiani anonimi*, nella misura in cui, pur non avendo ricevuto il battesimo, si sforzano anche inconsapevolmente (cioè, non con piena cognizione formale delle regole della vita cristiana) di condurre una vita retta, *christiana*. L'operatore del diritto non rinviene, perciò, in Rahner, nel recupero del Concilio di Trento in modo quasi esclusivo sulla dottrina ambrosiana del *battesimo di desiderio*, nella dimensione universalistica della proposta di salvezza che viene all'uomo da Cristo, elementi non giustificabili secondo quella razionalità argomentativa, invero *interna* al sistema canonistico: se le istituzioni ecclesiastiche si qualificano in quanto *universali*, perché universale è la Chiesa cui appartengono[35], e il fine *ultimo* di questo ordinamento, entro cui le istituzioni ecclesiastiche agiscono, partecipano alla e sono partecipi della vita dei fedeli, è la *salus animarum*, anche l'estensione di questa non potrà che avere valenza universalistica. Possibilità offerta a tutti,

---

opportunamente ribadita in Giuseppe Dalla Torre, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e comunità politica*, AVE, Roma, 2002, pp. 83 e ss. Altrettanto significativo è non valutare detta Dichiarazione come se si trattasse di una fonte singola, determinata ed eccezionale, semmai in costante raccordo con gli altri *atti* del Concilio Vaticano II (ad esempio, con la Costituzione pastorale *Gaudium et Spes*, come si suggerisce in Rinaldo Bertolino, *Libertà e comunione nel ministero di evangelizzazione*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 116, 1991, pp. 95-137). Per un riferimento, invece, alla teologia adottata nel Concilio di Trento, cui Rahner ambiziosamente mira a guardare, in ordine alla controversa materia battesimale, cfr. Battista Mondin, *L'uomo secondo il disegno di Dio. Trattato di antropologia teologica*, EDB, Bologna, 1992, pp. 71 e ss.

[34] Una modalità di recepimento che, nella storia, ha mantenuto una qualche forma di continuità. Cfr. Luigi Biraghi, *Vita della vergine romano-milanese santa Marcellina sorella di Sant'Ambrogio compilata su documenti antichi da Luigi Biraghi*, Boinardi-Pogliani, Milano, 1863, pp. 121 e ss.; Pietro Giannone, *Istoria civile del Regno di Napoli*, Tipografia Elvetica, Capolago, 1840, pp. 239 e ss.; ben più recentemente, per una prospettiva che si misuri con le evoluzioni intervenute nel diritto sacramentale, Benedetto Testa, *I sacramenti della Chiesa*, Jaca Book, Milano, 2001, pp. 154 e ss.

[35] In una prospettiva teorica, cfr. Giovanni Marchesi, *La cristologia di Hars Urs von Balthasar: la figura di Gesù Cristo, espressione visibile di Dio*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1977, pp. 144 e ss.; Michael Walzer, *Geografia della morale. Democrazia, tradizioni e universalismo* (1995, 1997), trad. it. Dedalo, Bari, 1999, pp. 60 e ss. Con maggiore aderenza all'ambito della riflessione canonistica, v., tra gli altri, Pasquale Lillo, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, Giappichelli, Torino, III ed., 2012, pp. 43 e ss.; Carlo Cardia, *Il governo della Chiesa*, il Mulino, Bologna, 2002, *passim* (ma, in particolar modo, pp. 11 e ss.).

in grado di accettare i *convertiti*[36], i *nomadi*[37], i *girovaghi*[38], e, ancor più, tutti quelli che, pur dalle loro afflittive o *erronee* condizioni di vita, vogliano orientarsi a Dio. Se criticità possono rinvenirsi in tale passaggio, potrebbe osservarsi come Rahner utilizzi lo stesso tipo di argomentazione tanto per i non credenti, quanto per i diversamente credenti (non cattolici). In ogni uomo c'è una intuitiva consapevolezza verso la sfera divina, ad avviso del teologo tedesco: essa non si esplicita, anche perché il suo fondamento risiede nella non conoscibilità e non nella conoscibilità (come recentemente ha ricordato José Maria Castillo[39]), ma ciò non implica l'assenza di questa intuitiva consapevolezza. Se tutti sono figli di Dio, tutti possono avvicinarsi a Lui. Questo rilievo potrebbe essere più agevolmente riferito alla cultura ateistica, soprattutto quella di ispirazione umanistica (ma, in misura diversa, anche a quella più tipicamente individualistica[40]): il non credente, anche quello che

---

[36] Alcune applicazioni pratiche delle peculiari caratteristiche di tale statuto giuridico trovansi in Ombretta Fumagalli Carulli, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici. Con cinque sentenze rotali commentate a cura di Anna Sammassimo*, Vita e Pensiero, Milano, 2008, pp. 311 e ss.; insiste su aspetti riguardanti la disciplina matrimoniale, tra gli altri, Giovanni Neri, *Appunti di diritto canonico ed ecclesiastico*, Nuova Cultura, Roma, 2011, pp. 40 e ss. Piace ricordare, comunque sia, quanto ad una fondazione teorica che possa rappresentare i legami intercorrenti tra la conversione e l'*evangelizzazione* e tra la conversione e la *salus*, Tommaso Michele Salzano, *Lezioni di diritto canonico pubblico e privato: considerato in se stesso e secondo l'attual polizia del Regno delle due Sicilie*, Giordano, Napoli, 1840, pp. 166 e ss.

[37] Si veda, sul punto, l'esaustivo volume di Luigi Sabbarese, *Girovaghi, migranti, forestieri e naviganti nella legislazione canonica*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2006.

[38] Per alcuni, molto specifici e circostanziati, rilievi, nell'ordinamento giuridico civile, cfr. Raffaele Pascali, *La parabola dell'assistenza spirituale alla polizia di stato (nella critica delle fonti)*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 32-33, nn. 88-89.

[39] Il riferimento è a José Maria Castillo, *L'umanità di Dio* (2012), trad. it. La Meridiana, Molfetta, 2014. *Ivi*, cfr. Felice Scalia, *Introduzione*: "*In Gesù di Nazareth non è l'uomo ad essere divinizzato e reso grande, ma è Dio ad essere umanizzato e reso piccolo, fragile, povero. Se vogliamo accostarci al Mistero divino, non c'è da andare in cielo ma da frequentare le favelas e le periferie del mondo: veri inferni per tanta umanità, ma dove Dio oggi abita. Determinante per la salvezza non è tanto la fede, quanto l'etica che ha il suo fondamento nella fede. Infatti, quelle che Gesù indica come decisive per il destino umano e la stessa sua gloria, sono sei questioni molto terrene. I grandi temi del nostro "esame finale" sono il mangiare, il bere, il vestire, la salute, l'accoglienza agli stranieri, la visita ai carcerati (Mt 25, 35-36). Sono tutti verbi e sostantivi che attengono all'umano in cui Dio si rivela, ai rapporti ovvii di chi "ama il prossimo suo perché è se stesso". La salvezza quindi non si gioca sulla teologia o sul mondo del sacro, ma sul mondo profano. In definitiva ci si salva per il modo come ciascuno ha affrontato i problemi degli altri. Ci salva nell'eternità ciò che noi abbiamo fatto nel tempo per la salvezza degli altri. Questo vuol dire che abbiamo bisogno di un cristianesimo come movimento "non religioso", non chiuso cioè in pratiche di culto verso Dio come con un Essere, il più alto, il più potente, il migliore che si possa pensare, bensì come una nuova vita incontenibile per il mondo, in un "esserci per gli altri", partecipando così all'essere di Gesù*".

[40] Al punto che è, forse, sostenibile come entrambe le prospettive ateistiche non riescano interamente ad evitare il riferimento ai termini dell'assoluto e della trascendenza (tale proposta interpretativa è rinvenibile in Dario Marco Sacchi, *L'ateismo impossibile. Ritratto di Nietzsche in trasparenza*, Guida, Napoli, 2000, *passim*). V'è, al contrario, chi sottolinea come una componente di socializzazione e condivisione possa appartenere anche alle visioni più individualistiche dell'ateismo -sul punto, v. Michel Onfray, *Trattato di ateologia. Fisica della metafisica* (2005), trad. it. Fazi, Roma, 2005 (sui cui

escluda l'esistenza di Dio non solo nelle proprie idee, semmai per la generalità delle donne e degli uomini, può scoprire la fede, può avvicinarsi a Dio. E, non secondariamente, può vivere in modo rettamente orientato, secondo principi e precetti *cristianamente* condivisi, anche senza giungere al battesimo e alla conversione. Ciò non implica una piena assunzione formale nel novero dei *christifideles* (invece, con Rahner, potremmo forse ritenere che appartenga, comunque sia, a quell'accezione di *popolo di Dio* individuata dalla Costituzione dogmatica *Lumen Gentium*[41]), ma non vale ad escluderlo dalla *salus*, a ritenerlo *uomo non simile* (non *prossimo*) *all'uomo*. Al più, la prospettiva *rahneriara*, sempre lungimirante nel difendere un'idea di *dialogo* più ampia di quella della *tolleranza* della civiltà giuridica liberale, avrebbe potuto considerare che l'*anonimia*, che caratterizza la propria accezione di cristianesimo, potrebbe essere adottata anche da diverse prospettive di lettura. Non potrebbe l'ateo ritenere, al tempo della società *post-secolare*, dove cioè sia lo stesso ritorno del *sacro* a manifestarsi in forme *secolari* e il *sacro*, conseguentemente, sempre più appaia fuori dai codici tradizionali attraverso cui era recepito e comunicato, che *in divenire* tutti i religiosi siano degli *atei anonimi* e, più specificamente, delle persone di buona volontà che seguono precetti e usi con scrupolo e senza intenzioni prevaricatorie, ma che, proprio in forza della loro non prevaricatorietà, non hanno i caratteri dell'esclusivismo e dell'intolleranza che spesso sono stati precipua conseguenza di una radicale adesione religiosa? Rahner risolve questo dilemma, in modo che l'A. valuterebbe, con sollievo, come definitivo: a stare nel cuore dell'uomo e ad essere *atematica* non è l'*assenza* di Dio (l'indiretto riconoscimento della assolutezza dell'inesistenza di Dio), ma la sua conoscenza (l'intuizione della nostra incompiutezza, se non si è partecipi d'una relazione con l'*altro*). Resta, semmai, più difficile giustificare la teoria del *cristianesimo anonimo* in riferimento ai fedeli di confessioni religiose diverse da quella cattolica, perché l'obiezione, presentata in forma ipotetica per l'ateismo, assume in que-

---

limiti, anche ai fini di una visione complessiva del diritto statuale sul fatto religioso, può ricordarsi Jean Bimbaum, *Michel Onfray, vicaire de la "laïcité post-chrétienne"*, in *Le Monde*, 2 Décembre 2005). Sull'estensione, invece, del quadro delle garanzie costituzionali all'ateismo, in un periodo storico in cui, per altro verso, la riflessione si palesava come meno attuale ed avvertita rispetto ad oggi, si veda, per tutti, Carlo Cardia, *Ateismo e libertà religiosa*, De Donato, Bari, 1973.

[41] Per una valutazione internazionalistica della impostazione conciliare, di peculiare interesse Giovanni Barberini, *Principi di diritto internazionale nella teologia cattolica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (http://www.statoechiese.it), Gennaio 2013. Sui profili giuridici dell'accezione conciliare di *popolo di Dio*, che pure può essere declinata in forme diverse da quella individuata in Karl Rahner e riuscendo a fornirne una lettura maggiormente orientata alla dimensione personalistica, cfr. Giorgio Feliciani, *L'esperienza giuridica individuale nel diritto della Chiesa cattolica*, in *http://www.studiumcartello.it*, 7 Giugno 1997, pp. 2-3.

sto caso rilievo concreto, forme verificabili. Davanti a tali problematicità è, forse, d'aiuto a Rahner il sapersi riferire all'insegnamento delle scienze laicali, comprese quelle giuridiche, soprattutto attraverso quegli Autori che sono stati influenzati, proprio come il teologo tedesco, dal pensiero di Heidegger e, comprensibilmente, da quelle sue interpretazioni marcatamente antiautoritaristiche (*in primis*, Habermas e la Scuola di Francoforte[42]) che, invece, la personale vicenda biografica dello stesso Heidegger avrebbe potuto scoraggiare[43]. A Rahner non è ignoto il lungo lavoro intellettuale di Habermas sulla teoria del discorso e dell'argomentazione e non gli appare probabilmente ostile agli studi teologici l'istituzione di un dispositivo teorico per cui le posizioni iniziali possano parimenti esprimersi secondo regole date e universali[44]. Il dibattito sulla diversità delle credenze religiose aveva assunto al tempo del Concilio una veste diversa da quella tradizionale -dal diritto penale canonico e, ad esempio, dagli elementi qualificativi, sufficienti e necessari, per definire un movimento come ereticale al riconoscimento del pluralismo, dall'aspetto prevalentemente repressivo a quello propriamente dialogico, nel rispetto delle diversità che paiono irriducibili alla vigenza del sistema dato[45]. Con Rahner, il discorso si approfondisce ulteriormente: non è più la generica distinzione tra l'*errore* e l'autore del medesimo a preoccupare il teologo, ma il riconoscimento di un certo *status* di fondatezza e di coscienza anche nell'*errore* in sé *in buona fede*. Lo si potrà continuare a chiamare in tal modo, secondo i criteri interpretativi che caratterizzano un dato patrimonio credenziale; non potrà, però, essere trattato secondo gli stilemi presentati dalla politica ecclesiastica dei secoli precedenti: nell'atto di disporsi al dialogo, dovrà esserci necessariamente lo sforzo di trovare un lessico comune, anche per potersi intendere sulla corretta enucleazione ed individuazione delle differenze. L'accezione del *dialogo interreligioso*, attraverso Rahner, è, perciò, direttamente influenzata da una specifica concezione dell'*autorialità*:

---

[42] Sul punto, oltre all'imprescindibile lavoro di Michele Pinna, *Filosofia e scienza nella "Scuola di Francoforte": la metacritica di T. Adorno*, ETS, Pisa, 1980, sembra convergere in alcuni aspetti con la prospettiva, quivi, adottata anche Andrzej Kobylinski, *Modernità e postmodernità. L'interpretazione cristiana dell'esistenza al tramonto dei tempi moderni nel pensiero di Romano Guardini*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1998, pp. 77 e ss.

[43] In parte, questa sembra potere essere la lettura di Gianni Santamaria, *Non solo Heidegger: il '900 di Rahner*, in *l'Avvenire*, 3 Marzo 2004.

[44] In riferimento al pensiero *habermasiano*, nella sua più organica sistematizzazione sul punto, vedasi Jürgen Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo* (1981), trad. it. il Mulino, Bologna, 1986.

[45] Questo orientamento interpretativo appare essere accolto in Dariusz Kowalczyk, *La personalità in Dio. Dal metodo trascendentale di Karl Rahner verso un orientamento dialogico in Heinrich Ott*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1999, pp. 33-69.

una condizione soggettiva verso la quale prestare oggettivamente ascolto[46]. La dignità di chi esprime la propria posizione, rispettando quella altrui, preserva l'*autore* da qualunque censura, anche quando le sue proposizioni paiano azzardate, *paradossali* (come dice Rahner) o contrarie in più punti alla predisposizione mentale di chi è chiamato ad ascoltare. Se queste coordinate ideologiche e concettuali qualificano Rahner come *uomo della tolleranza*, in un senso oggettivo comparativamente più ampio di quello che si è soliti attribuire al termine, dal punto di vista pratico la proposta interpretativa del teologo tedesco risulta molto più controversa. Tale ultimo aspetto, però, non sembra un limite epistemologico dell'opera *rahneriana*, quanto piuttosto un suo intimo atto di coerenza: trarre le conclusioni opportune alle premesse date. Ecco perché Rahner è destinato a rimanere un pensatore *scomodo*, non poco apprezzato quanto alla capacità di mettere a fuoco, attraverso la propria non comune erudizione, elementi che vengono dalla sfera laica e da quella religiosa, da quella giuridica e da quella storiografica, ma fondamentalmente isolato all'atto di perfezionamento della sua proposta. Basti ricordare, ancora una volta, la centralità e la radicalità del percorso ecumenico in Rahner. Se Egli afferma che i cattolici e, più ampiamente, i cristiani, nella stessa Europa che ha forgiato la loro cultura e che da essi è stata forgiata, sono probabilmente destinati a ridivenire una minoranza[47], che rischia di perseguire i propri scopi in un contesto contraddistinto da un alto livello di indifferenza, di avida ricerca del denaro o di cieco affidamento nelle ragioni della tecnica e della tecnologia, tale affermazione non è certamente priva di qualche elemento condivisibile. Anzi, essa mette in luce due rischi che percorrono l'*ordo ecclesiae*: o ricalcare in modo *identitario* (altri direbbero: *difensivistico*[48]) le proprie tipicità e conservare una nozione cristalizzata e, perciò, inappropriata, *sterile* allo stesso dibattito scientifico, di dottrina e di tradizione -e anche in tale passaggio il rischio di divenire minoranza non

---

[46] Cfr. la più completa raccolta di scritti di Rahner, su questo specifico oggetto: KARL RAHNER, *Letteratura e Cristianesimo. L'essere autore per un uomo è un fatto cristianamente rilevante* (1959, 1966), trad. it. Cinisello Balsamo, 2014.

[47] V., al riguardo, lo stesso KARL RAHNER, *Società umana e chiesa di domani*, cit., pp. 206-230, anche se ID, *Grundprinzipien zur heutigen Mission der Kirke*, in *Handbuch der Pastoraltheologie*, II, Franz Xaver Arnold, Freiburg-Basel-Wien, 1971, pp. 60 e ss., si spingeva ad individuare il continente europeo come indissolubilmente legato ad una visione antropologica essenzialmente cristiana e basata sul profondo lascito concettuale della fede anche nelle istituzioni giuridiche e politiche.

[48] Convincono, sul punto, quelle analisi che si soffermano su tali, pur comprensibili, situazioni di incertezza e di *arretramento*, anche nell'ambito della cultura e della partecipazione laicale. Cfr., in merito, ANTONINO MANTINEO, *Ma i laici come stanno attuando il Concilio Vaticano II? Riflessioni a margine di un saggio di Fulvio De Giorgi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (http://www.statoechiese.it), Giugno 2009.

verrebbe meno- o accettare che, almeno nel medio periodo, la propria conformazione sia quella di piccole comunità locali, che interagiscono col (e agiscono nel) contesto dato, che mirano a modificare, ma che non possono e non devono avere lo scopo di governare in termini assolutistici, di dominio e di presa del potere[49]. Non è per condizione di bisogno, né allo scopo di scongiurare un *minoritarismo* che Rahner, forse troppo convulsamente, vede già in atto, che si arriva al perfezionamento di una proposta ecumenica, pochi decenni addietro quasi completamente bandita anche dal novero delle possibilità astratte e di cui oggi si parla, ma al rischio di rigettarla proprio perché *latente* e inarrivabile sotto il profilo giuridico. Rahner, all'idea di *redintegratio*, appare preferire, costitutivamente, una nuova idea di *unitas*: dove la *sedes* romana rinuncia a giudicare dell'errore e ad esibire gli effetti materiali conseguenti al proprio primato, lungamente temporale e spirituale e oggi messo in crisi da *traumatiche* conflittualità sociali e religiose nel mondo, e dove i *fratelli* protestanti e quelli ortodossi rinunciano alle proposizioni che renderebbero impossibile il riconoscimento della nuova unità, perché esclusivamente finalizzate alla diretta obiezione a punti qualificanti dei *dogmi* romani[50]. Non un dialogo compromissorio, ma una faticosa riappacificazione complessiva, dove ciascuna parte ha da cedere quella *quota* di esclusivismo attraverso cui guardava agli altri (e, perciò, secondo Rahner, il cattolicesimo deve avere ancora più responsabilità nel favorire tale riavvicinamento[51]). Unità *battesimale*, dove il battesimo abbia più che mai la funzione di chiamare a vita nuova[52].

---

[49] Una prospettiva che, ad avviso di Giovanni Filoramo, *Il sacro e il potere. Il caso cristiano*, Einaudi, Torino, 2009, è rimasta spesso in una condizione di minorità e subordinazione rispetto alle istanze temporalistiche, quali quelle avversate in Sergio Tanzarella, *Le speranze del Concilio Vaticano II*, cit.

[50] Soccorre ancora, sul punto, Karl Rahner, *Società umana e chiesa di domani*, cit., p. 128.

[51] Rahner estende, opportunamente, il ragionamento anche alle pretese veritative nell'interpretazione delle Scritture, che hanno sovente consentito di isolare quelle posizioni più distanti dalla più intransigente prospettiva cattolico-romana. In tali termini, Karl Rahner, *Letteratura e cristianesimo*, cit., pp. 43-50.

[52] Sulla necessità, del resto, di recuperare le implicazioni più intime del *battesimo*, sovente degradato, nella prassi, a una visione ben più limitata di quella originariamente propria del diritto canonico, v. Arturo Elberti, È necessario oggi un catecumenato post-battesimale?, in Pontificium Consilium pro laicis, a cura di, *Riscoprire il battesimo*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1998, pp. 58 e ss. (e ciò, forse, varrebbe ad impostare una riflessione contemporaneamente più serena e più analitica su quelle ipotesi di *defezione postuma* dall'*ecclesia* universale, che sono, con espressione non sempre precisa, individuate nella pratica dello *sbattezzo.* V., in argomento, Gianfranco Ghirlanda, *Alcune annotazioni circa la formula "actu formali ab Ecclesia catholica deficere"*, in *Periodica*, LXXXIV, 1995, pp. 580 e ss.).

3. Edward Schillebeeckx: una accezione di secolarizzazione religiosamente orientata e a tutela dei diritti umani? Limiti e prospettive

Se la parabola concettuale di Karl Rahner ha rappresentato e rappresenta, perciò, un interessante campo d'analisi per potere riscontrare quanti degli spunti delle *nuove* dottrine teologiche siano riusciti ad emergere, alla conclusione del Concilio, e quanti non abbiano perso d'attualità, soprattutto nella fase attuativa del Concilio medesimo, un sereno confronto con l'opera di Edward Schillebeeckx può arricchire una prospettiva che già aveva dimostrato tutta la propria ampiezza. Ciò avviene non solo per la specificità del teologo in questione, apprezzabile lungo un arco temporale persino più lungo di quello di Rahner, ma anche in virtù di una approssimativa considerazione dei punti nodali dell'attività di ricerca di Schillebeeckx: iniziata con una certa propensione verso l'ambito sacramentale e, in modo immediatamente percepibile, verso il particolare diritto suo proprio[53], essa ha proseguito valicando il campo teologico e filosofico, istituendo un proficuo raffronto con gli strumenti teorici approntati dalla storiografia novecentesca, dalla riflessione politica e civile, oltre che spirituale, dell'Esistenzialismo, nonché con la suggestione (in Schillebeeckx, va riconosciuto, ancora semplicemente sbozzata) degli studi *post-coloniali* e delle culture *terzomondiste* e *alter-mondialiste*[54]. Se da tale ricchezza di spunti non si riuscisse a ricostruire un quadro unitario, non sarebbe del tutto infondata la configurabilità di una specie di persistente incertezza definitoria, accolta non per un difetto metodologico, ma sulla base di una genuina istanza di pluralismo, condivisione e inclusività. Il punto, però, è che fornire di Schillebeeckx una visione esclusivamente *eterodossa* non sembra corrispondere alla *lettera* e allo spirito della sua opera: concepita, si, molte volte, come consapevole tentativo di andare oltre le categorie ben conosciute nella teologia tradizionalistica e nella sua consueta e lungimirante attenzione al Magistero, ma, in realtà, così intrinsecamente legata ad un preciso vissuto storico e a una ancor più netta scelta

---

[53] Su tali specificità e sulla loro comprensibile rilevanza nell'apprezzare la peculiarità del diritto canonico, rispetto alle altre branche della scienza giuridica, cfr., tra gli altri, MASSIMILIANO DEL POZZO, *La dimensione giuridica della liturgia. Saggi su ciò che è giusto nella celebrazione del mistero pasquale*, Giuffré, Milano, 2008, pp. 17 e ss.; sulle prospettive di coinvolgimento del laicato dopo il Concilio Vaticano II (e, perciò, metodologicamente, in modo non completamente difforme da quelle che erano le posizioni di Schillebeeckx sin dal periodo *preconciliare*), v. per tutti PAOLO MONETA, *Introduzione al diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 113 e ss.

[54] Su tali ipotesi teoriche, può essere utile il riferimento a JANE MARGARET JACOBS, *Edge of Empire: Postcolonialism and the City* (1996), Routledge, London-New York, 2002, pp. 132-161. Sviluppi più recenti in MICHAEL SYROTINSKI, *Deconstruction and the Postcolonial: at the Limits of Theory*, Liverpool University Press, Liverpool, 2007, pp. 14 e ss.

metodologica in campo ecclesiale ed ecclesiologico da rivelarsi come un contributo meditato e profondo, scevro da accuse di improvvisazione o di (eccessiva) commistione tra ambiti e misure, tra loro, invece, dichiaratamente incomparabili. Di questa possibile contraddizione si è, del resto, spesso avvantaggiata la critica contro il domenicano belga, stigmatizzandone le simpatie per le teologie latino-americane (soprattutto, ove tali simpatie si fossero tradotte in una maggiore propensione alla teologia della liberazione[55]) e non approfondendo abbastanza un aspetto che si rivela, in realtà, in tutta la sua evidenza pure ad una mera analisi delle fonti di riferimento. Non sono state le dottrine teologiche del Sud America ad influenzare unilateralmente Schillebeeckx, magari determinandone il crescente avvicinamento agli elementi fondamentali della concezione marxista, semmai è stata la prima produzione del domenicano belga, in special modo in materia di sacramenti e di chiese locali, ad influenzare l'elaborazione di molti teologi e filosofi latinoamericani, riguardo alle comunità di base e all'approfondimento dell'*ecclesiogenesi* del Concilio Vaticano II. Alla stessa stregua, sembra di molto enfatizzata la natura problematica e contraddittoria del cd. "nuovo catechismo olandese"[56] (di cui Schillebeeckx sarebbe stato tra i principali promotori): non solo perché, evidentemente, Schillebeeckx viene da una tradizione culturale almeno parzialmente diversa e perché nella sua opera non si rinvengono mai dichiarazioni di appartenenza ad una certa scuola a danno di un'altra o, addirittura, di primogenitura rispetto a un dato indirizzo dottrinale. Proprio la metodologia casistica, che le teologie contestuali non pretendono di sostituire alla ricerca della Verità, ma che adottano per rendere meno impervio il raggiungimento di quest'ultima, consentirebbe di verificare come la pretesa unitarietà del "nuovo catechismo olandese" altro non fosse che il tentativo, per altro verso non isolato nella storia ecclesiastica europea, anche quella più recente, di stimolare un rinnovato impegno pastorale in un conte-

---

[55] Un approccio di interesse, ma fondamentalmente avverso alle conclusioni di Schillebeeckx, trovasi in Joseph Ratzinger, *Premessa all'edizione italiana* di *San Bonaventura. La teologia della storia*, Nardini, Firenze, 1991, p. 8; quanto alla prospettiva del teologo belga, in realtà più articolata di una mera adesione alle tesi fondamentali dei teologi della liberazione, vedasi Edward Schillebeeckx, *The Religious and the Human Ecumene*, in Marc H. Ellis, Otto Maduro, edd., *The Future of Liberation Theology*, Orbis Books, Maryknoll-New York, 1989, pp. 177-188.

[56] Il punto più controverso riguardava, tuttavia, la medesima questione che ha connotato *in negativo* il recepimento della teologia di Schillebeeckx, ossia la dottrina della resurrezione e i suoi rapporti con la concezione cristologica. Oltre agli spunti ricostruttivi veicolati in Giorgio Straniero, *Le nuove teologie. L'identità cristiana tra secolarizzazione e pluralismo religioso*, Mondadori, Milano, 2003, pp. 119 e ss., nonché, forse più criticamente, in Andrzej Danczak, *La questione dello stato intermedio nella teologia cattolica negli anni 1962-1999*, Bernardinum, Pelplin, ed. ampl., 2008, pp. 193 e ss., si consiglia preliminarmente la visione della *Appendice al Nuovo Catechismo Olandese*, LDC, Torino, 1969 (in special modo, p. 20).

sto sociale avanzatamente secolarizzato[57], profondamente influenzato da una tradizionale presenza territoriale di chiese riformate e anche nei confronti di una classe intellettuale che aveva costruito la propria legittimazione e la propria egemonia, nel contesto sociale olandese, sulla base di valori normalmente presentati in chiave antireligiosa (relativismo, mondanismo, *non sanzionismo*[58]). E se pure le contestazioni della Congregazione per la Dottrina della Fede in ordine alla omessa chiarificazione ed evidenziazione, nella teologia di Schillebeeckx, della risurrezione di Cristo[59], in quanto elemento oggettivo, possono risultare perfettamente in linea con gli orientamenti che avevano connotato quella Congregazione anche nel rapportarsi ad altri Autori[60], l'impressione è che il teologo belga abbia, contrariamente a quanto di solito si ammetta, manifestato sin troppo apertamente i propri punti di vista, anche su questioni che, al tempo in cui, volta per volta, venivano presentate, non sembravano pronte ad essere ridiscusse criticamente -si consideri, in proposito, l'annosa polemica sull'obbligo del celibato ecclesiastico[61], che nemmeno al momento sembra star venendo condotta con la giusta considerazione sull'unico profilo che pare realmente pertinente (il significato e la configurabilità dell'obbligo medesimo in ragione del *ministero* svolto). Se si vuole, allora, preservare una specifica valutazione della teologia politica di Edward Schillebeeckx, non è il caso di rigettare quelle tesi, ancorché intenzionalmente e manifestamente critiche, che vedono nel domenicano belga

---

[57] V. Ian Buruma, *Assassinio a Amsterdam. I limiti della tolleranza e il caso Theo Van Gogh* (2006), trad. it. Einaudi, Torino, 2007, pp. 31-33.

[58] Ian Buruma, *Assassinio a Amsterdam*, cit., pp. 43-44.

[59] Ricostruisce la vicenda dottrinaria, collocandola opportunamente nel suo specifico contesto storico-ecclesiale, Santi Lo Giudice, *Stare insieme. Dalla carità cristiana alle pratiche comunitarie*, Pellegrini, Cosenza, 2006, pp. 72-73.

[60] Dà conto di uno dei casi più controversi, pur sostanzialmente ripercorrendo la medesima impostazione individuata dalla Congregazione, Julian Herranz, *Il diritto canonico, perché?*, in Ombretta Fumagalli Carulli, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Vita e Pensiero, Milano, II ed., 2007, pp. 388 e ss.

[61] Sull'inquadramento giuridico della questione, ancor prima che per una succinta analisi sulla valutazione di Schillebeeckx, *infra* in nota e nel testo, cfr. Andrea Migliavacca, *Orientamenti e problematiche della formazione al celibato sacerdotale*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2005, pp. 153 e ss.; in una prospettiva teologico-liturgica, Vincenzo Romano, *Meditazioni sui sacramenti*, Uniservice, Trento, 2010, pp. 306 e ss.; con alcuni rilievi critici, Cesare Bonivento, *Il celibato sacerdotale. Istituzione ecclesiastica o tradizione apostolica? Un vescovo ai suoi diaconi e sacerdoti*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2007. Negli anni del *postconcilio*, la questione aveva assunto un rilievo del tutto peculiare, che motivava un più significativo impegno della dottrina sul punto, a seguito della *lettera enciclica* di Paolo VI, *Sacerdotalis Caelibatus* (1967), reperibile in *http://www.vatican.va.* (ed è con particolare riferimento a una visione giustificativa della genesi storica dell'istituto che può leggersi Alfons Maria Stickler, *Il celibato ecclesiastico. La sua storia e i suoi fondamenti teologici* (1995), trad. it. Chirico, Napoli, 2010).

un autore profondamente connotato dal contatto con tutte le ideologie della trasformazione politica, nella seconda metà del cd. *secolo breve*[62]: quando venne meno questo specifico *sostrato* culturale, la stessa attenzione verso la teologia politica di Schillebeeckx dovette cedere e, contemporaneamente, finirono per cedere pure le premesse storiche, demografiche e civili che avevano legittimato una certa prospettiva negli studi del teologo. A questi rilievi può, però, rispondersi, ancora una volta, che non è in gioco una rivalutazione antropologica o storiografica di Schillebeeckx, semmai la possibilità di intravedere nella sua posizione ermeneutica, in ambito canonistico (nel diritto sacramentale, nel diritto pubblico ecclesiastico, persino nella filosofia della storia), degli elementi che valichino le contingenze di una particolare riflessione socio-politica e che, invece, divengano criteri sufficientemente adeguati e universali nella teoria e nella pratica del diritto. Ed in questo senso è possibile assecondare due tematiche ben presenti nella produzione di Schillebeeckx, a prescindere dalla forzosa divisione della sua opera in una "prima" parte[63] (valida, perché in tensione con la retorica modernista e relativista) e in una "seconda"[64] (più prolifica, più attenta alla cristologia, ma troppo cedevole rispetto alle istanze dei movimenti di protesta): la critica alla accezione comune di secolarizzazione e all'esasperazione della *teologia della morte di Dio*[65] e il progressivo avvicinamento al tema dei diritti umani[66]. Un avvicinamento, in realtà, che la cultura cattolica, nel suo complesso, e lo stesso *ordinamento canonico positivo*, stanno continuando a compiere, nono-

---

[62] Una delle più chiare rappresentazioni di questo tipo può rinvenirsi in FRANCO GIULIO BRAMBILLA, *Una teologia tramontata con il "secolo breve"*, in *L'Osservatore Romano*, 29 Dicembre 2009.

[63] Del resto, anche nella "pretesa" prima fase, convivevano l'interesse alle fonti scritturali sul diritto sacramentale (cfr. EDWARD SCHILLEBEECKX, *I sacramenti punti d'incontro con Dio* (1959), trad. it. Queriniana, Brescia, 1966), spunti di pregio anche per la canonistica laica, influenzata dal positivismo e dal formalismo (cfr. ID, *Le Mariage est un sacrement*, La Pensée Catholique-Office Général du Livre, Bruxelles-Paris, 1961), e valutazioni d'ordine critico ed ideologico che troveranno, poi, migliore, ancorché meno apprezzata, tematizzazione (v., tra gli altri, ID, *Religion of and for Men. Towards a Criteriology of Religion and Religiosity,* in *Sevartham*, 4, 1979, pp. 3-20).

[64] Sulle implicazioni cristologiche, uno dei saggi di maggior rilievo pare poter essere EDWARD SCHILLEBEECKX, *Jèsus de Nazareth, le récit d'un vivant*, in *Lumière et vie*, 134, 1977, pp. 5-45.

[65] Tra i volumi che danno inizio alla riflessione, non possono non segnalarsi GABRIEL VAHANIAN, *La morte di Dio: la cultura della nostra era post-cristiana* (1961), trad. it. Ubaldini, Roma, 1966; HARVEY COX, *La città secolare* (1965-1966), trad. it. Vallecchi, Firenze, 1968. Si noti come entrambi gli studiosi muovano da una formazione teologica protestante e come le due opere ricordate, pur distanti dall'elaborazione cattolica sulle speranze e sulle attese del Concilio Vaticano II, finiscano per costituire utili riferimenti per lo studio della secolarizzazione e per la critica alla *reificazione* delle pratiche di culto: due temi non assenti nelle pagine *mature* di Karl Rahner ed Edward Schillebeeckx.

[66] Ancorché indice di un progressivo avvicinamento a temi di diretta rilevanza sociopolitica, ma non dimenticando valutazioni di carattere prettamente teologico, cfr. EDWARD SCHILLEBEECKX, *Teorie critiche e impegno politico della comunità cristiana*, in *Concilum*, 9, 1973, pp. 828-845.

stante l'oblio intervenuto sulla riflessione di Schillebeeckx in merito ad argomenti similari[67]. Si è già potuto osservare come, nell'avanzamento di Schillebeeckx lungo questa particolare direttrice, un peso specifico rilevante sia stato ricoperto da una nozione, per nulla *acritica*, di "secolarizzazione". D'essa, non veniva pedissequamente riproposta la critica *antimodernista*, come il Magistero del secolo precedente aveva potuto adeguatamente formalizzare sin dalla lettera enciclica *Mirari Vos* di Gregorio XVI[68], basata sull'idea di secolarizzazione come di mero allontanamento delle argomentazioni religiose dalla sfera pubblica, non raramente -ma meno spesso di quanto avrebbero ammesso i fautori della critica *antimodernista*- in modo coattivo. Schillebeeckx, anche per propria vicinanza alla cultura francese e per sincero interesse verso quella riformata (non solo di provenienza francese), non ignorava la lezione di Pierre Legendre[69] e quella di Jacques Ellul[70], che stavano affermandosi in quello stesso periodo, nei rispettivi settori di interesse: la storia del diritto e, in parte, la psicanalisi per Legendre, la sociologia delle istituzioni del cristianesimo per Ellul. La secolarizzazione è, perciò, un processo *aperto*, che non postula l'espulsione del *sacro* fino all'intima coscienza di ciascun individuo. Essa, semmai, realizza la sostituzione semantica di alcuni termini dalla sfera del *sacro* a quella del *profano* e viceversa: non rinuncia, però, ad un parametro regolativo universale, esterno all'esperienza giuridica e, contemporaneamente, condizione di possibilità del diritto e del-

---

[67] A dar conto, comunque sia, di un avviato e irreversibile percorso di avvicinamento agli istituti di garanzia, volti a presidio e a tutela dei diritti umani, nel Magistero ecclesiastico, cfr. Maria d'Arienzo, *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e Magistero ecclesiastico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (http://www.statoechiese.it), Febbraio 2009.

[68] Nonostante l'enciclica contenesse prevalentemente proposizioni avverse alle posizioni cattolico-liberali di Robert de Lamennais (sulle quali, di interesse, la prospettiva radicale a proprio tempo veicolata in Robert A. Nisbet, *Tradition and Revolt*, Random House, New York, 1968, pp. 31 e ss.), essa finiva per porre al centro della propria proposta ecclesiologica il tema dell'obbedienza, in forza del quale Pio IX poté emanare la Costituzione dogmatica *Pastor Aeternus*, al tempo del Concilio Vaticano I (reperibile in *http://www.vatican.va*), per cui l'obbedienza era essenzialmente dovuta a chi fosse investito del primato e dell'infallibilità papale. In argomento, convince la ricostruzione presentata in Carol H. Harrison, *Roman Catholics. France's Postrevolutionary Generation in Search of a Modern Faith*, Cornell University Press, Ithaca-New York, 2014, pp. 131 e ss.

[69] Che la riflessione di Legendre avesse già preso piede, anche sui rapporti tra diritto e secolarizzazione, non implica che l'A. considerato non sia, e numerose volte con ancora maggiore profondità, ritornato su argomenti consimili, in tempi più recenti. Si vedano, ad esempio, Pierre Legendre, *La fabrique de l'homme occidental*, Mille et une nuits, Paris, 1996; ancor prima, in realtà, Id, *Leçons VII. Le Désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'état et du droit*, Fayard, Paris, 1988.

[70] Ci si riferisce, soprattutto, a Jacques Ellul, *Anarchia e cristianesimo* (1988), trad. it. Elèuthera, Milano, 1993. Sul pensiero di Jacques Ellul, e le sue implicazioni giuridico-canonistiche, cfr. Paolo Heritier, *L'istituzione assente. Il nesso diritto-teologia, a partire da Jacques Ellul, tra libertà e ipermoderno*, Giappichelli, Torino, 2001.

la sua pretesa coercitiva nei confronti della società. Più suggestivo, in verità, sarebbe chiedersi quale ruolo possano avere in una simile sistematica i diritti umani: essi sono sottoposti a un processo storico di relativizzazione, dettato dalle dinamiche del potere, e perciò: cambiano di contenuto e sono predeterminati dai soggetti più *forti*, ad esempio, nella comunità internazionale, o, piuttosto, hanno un nucleo indefettibile, che appartiene all'esclusività del genere umano e che si riferisce alla pluralità indistinta delle donne e degli uomini, a prescindere dall'orientamento culturale, dalle scelte religiose e dall'educazione ricevuta[71]?

Per indiscutibili contingenze storiche, in Schillebeeckx è ancora limitata l'attenzione alla sfera dei rapporti con l'Islam. In realtà, proprio l'ambito dei diritti umani parrebbe quello più importante per guardare alle loro concrete prospettive di attuazione universalistica (su base non coercitiva). È evidente che, secondo l'accezione *schillebeeckxiana* di processo interpretativo, in luogo di interpretazione (chiusa, puntuale, inconfutabile), l'obiettivo di un dialogo con l'Islam sul fronte dei diritti umani non potrebbe mai essere quello di sospingere gli Stati islamici, con la forza o con la persuasione, a dovere accettare la nostra stessa accezione di "diritti umani"[72]. L'interpretazione cui allude Schillebeeckx è, in senso autenticamente cristiano, "responsabile": non è pensabile senza l'azione singolare e la coscienza soggettiva[73]. Anzi, se la cultura occidentale ha elaborato visioni spiccatamente personalistiche dei "diritti umani", Schillebeeckx non si pone, per ciò solo e pur avversandola, in termini dichiaratamente ostili a una visione molto più approfonditamente comunitaristica e identitaria, quale quella islamica: non ne accetta i presupposti, appunto, interpretativi (la precedenza della coesione intrinseca del sistema sull'affermazione di una libertà della persona [resa anche] *estrinseca*), ma non ne contesta *a priori* la possibilità di realizzare quelle forme di essenziale tutela della dignità umana che più gli stanno a cuore. Una simile attenzione verrebbe riservata non solo alla filosofia politica islamica[74], ma anche

---

[71] Ciò non implica, ovviamente, rinunciare a difendere la funzione pedagogica che devono (o avrebbero dovuto) continuare ad avere le *agenzie* di formazione. Proprio su tale rapporto, v., tra gli altri, JEAN-LUC MARION, *La crisi cruciale*, in *Communio*, 72, 1983, pp. 16 e ss.

[72] Anche perché essa ha spesso finito per coincidere con la marginalizzazione sociale dell'appartenenza religiosa, come si ricorda in PASQUALE LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 43, culturalmente estranea alla visione islamica dell'ordinamento giuridico.

[73] Come è stato opportunamente osservato in VALENTINO SARTORI, *Esperienza, interpretazione e verità nell'epistemologia teologica di E. Schillebeeckx. Un tentativo di rilettura pareysoniana e ricoueriana*, Messaggero, Padova, 2009, pp. 185-266, tale prospettiva critica sui compiti (e sui limiti) dell'interpretazione non sembra in radicale contrasto (anzi, appare in percepibile *sintonia*) con quella veicolata in LUIGI PAREYSON, *Verità e interpretazione*, Mursia, Milano, 1971.

[74] Anche perché le implicazioni solidaristiche che essa pone in essere hanno, spesso, diretti effetti

a quella parte del pensiero islamico che più l'interprete occidentale sarebbe spinto a considerare solo sotto il profilo "religioso" (la preghiera rituale[75], il ruolo comunitario dell'*imam*[76], persino i riti di passaggio all'età adulta che sono frutto di usi sociali, prima ancora che di prescrizioni coraniche, sul punto assai limitate[77]). Si arresterebbe, però, alla considerazione di trovarsi per la cultura *altra* comunque e sempre in una posizione di *minorità*, in quanto *infedele*, diversamente credente -categoria che, invece, Schillebeeckx non era solito applicare a chi si trovasse al di fuori della propria idea di *cattolicità*. Cosa distingue la teologia politica dello studioso belga da quella che più manifestamente si è mobilitata e impegnata nella difesa dei diritti umani e, ancor prima, nella loro piena integrazione a quelle norme civili che l'*ordo ecclesiae* avrebbe potuto e dovuto accettare, oltreché (persino) concorrere a realizzare? È possibile parlare di una piena compatibilità tra la posizione di uno studioso riconosciuto come Jacques Maritain e quella espressa da Schillebeeckx, soprattutto in tema di teologia politica e di sistematica dei rapporti tra Stati e Chiese? Laddove nella determinazione, ancora non del tutto chiarita né accolta, di un principio di distinzione degli ordini, Maritain distingue l'azione *en chrétien* da quella *en tant que chrétien* (la seconda in quanto adesione ai riti e ai dogmi e la prima in quanto applicazione individuale o collettiva, che nel mettersi in comune con la *societas* dell'ambito temporale non può essere valutata secondo la giurisdizione ecclesiastica), la sua percezione antropologica sembrerebbe ancor più attenta e minuziosa di quella veicolata da Schillebeeckx[78]. E, sul fronte dei regimi istituzionali, delle forme di governo e dei loro rapporti col fatto religioso, Maritain con-

---

sulle legislazioni osservabili nei singoli Stati. Ancorché si tratti di un'analisi territorialmente molto limitata e circoscritta, appare di chiaro interesse quanto riferito in Paola Caridi, *Hamas. Che cos'è e cosa vuole il movimento radicale palestinese*, Feltrinelli, Milano, 2009, pp. 21-58.

[75] Sulle cui implicazioni può risultare un importante elemento chiarificatore Hans Küng, *Islam: passato, presente e futuro* (2007), trad. it. Rizzoli, Milano, 2013, *passim*.

[76] Appare interessante, al riguardo, Romano Bettini, *Religione e politica: l'ibridazione islamica*, Armando, Roma, 2013, pp. 142 e ss. Una lettura, al contrario, eccessivamente allarmistica poteva leggersi in Magdi Allam, *Vincere la paura*, Mondadori, Milano, 2010, *passim*.

[77] Sono, perciò, in questo senso da accogliere quelle analisi che addebitano i possibili fenomeni *disvaloriali*, anche in merito alle consuetudini familiari, a malintesi usi territoriali, per non dire a prassi riconducibili a specifiche etnie, piuttosto che a prescrizioni religiose. V., tra gli altri, Sara Roy, *Failing Peace. Gaza and the Palestinian-Israeli Conflict*, Pluto Press, London-Ann Arbor, 2007, pp. 33-55; Carrie Rosefsky Wickham, *Mobilizing Islam. Religion, Activism and Political Change in Egypt*, Columbia University Press, New York, 2002, pp. 102 e ss.

[78] Al punto da attirarsi persino alcuni profili di criticità, anche negli ambienti curiali. Cfr., al riguardo, Roberto Sani, *"La Civiltà Cattolica" e la politica italiana nel secondo dopoguerra*, Vita e Pensiero, Milano, 2004, pp. 142 e ss.

cepisce un *umanesimo integrale*[79], che si preoccupa di recidere inequivocabilmente ogni rapporto col materialismo storico marxista, con l'autoesaltazione individuale -e strumentale al *détournement* dei destini della nazione in quelli del suo *imperator*- dello stato fascista[80] ed anche con la compiacente *idolatria* dell'individuo proprietario dello stato liberale, nonché con le prassi di vita della *cristianità medievale*. In Schillebeeckx parrebbe mancare questa stessa, rigorosa, confutazione di ogni regime giuridico che sia presistito alla affermazione di una nuova idea di vita cristiana. E questo, per molti versi, sembra restituircelo come pensatore ancora più attuale, che, contrariamente a quanto espresso nelle letture *supra* richiamate, ha piena cognizione della fine delle *narrazioni novecentesche*[81]. Facendosi fautore di una teologia che non propone all'uomo la soluzione ultimativa di ogni problema, ma che gli suggerisce un atto di complessa predisposizione alla pazienza e alla ricerca della verità[82].

4. *Possibili conclusioni: l'interpretazione a presidio di istanze di giustizia sostanziale. Le suggestioni offerte dall'ambito canonistico e dagli studi di* Law & Religion

Alla luce di quanto sinora osservato, Schillebeeckx e Rahner non sembrano meritare la precoce obsolescenza, cui pure fattivamente rischiano di essere riconsegnati. Nelle opere analizzate e ad una serena rilettura dei successivi sviluppi, anche in ambiti di molto ulteriori a quello teologico e canonistico, si è scelto di valutare due aspetti che non possono essere artificiosamente

---

[79] Il riferimento, in questo caso, è a Jacques Maritain, *Umanesimo integrale* (1936), trad. it. Borla, Roma, 2002; per una valutazione dottrinale dell'opera dell'A. considerato, cfr. Mauro Grosso, *Alla ricerca della verità. La filosofia cristiana di È. Gilson e J. Maritain*, Città Nuova, Roma, 2006, pp. 191 e ss.; una visione comparatistica sui riflessi della teoria di Maritain, quanto ai suoi effetti nell'ideologia politica italiana, trovasi in Piero Viotto, *De Gasperi e Maritain – Una proposta politica (temi del nostro tempo)*, Armando, Roma, 2014, pp. 19 e ss.

[80] Uno dei più tipici assertori di questa linea, ben prima che maturasse la vicenda storico-giuridica dello stato fascista, può essere considerato Alfredo Oriani, *La rivolta ideale* (1908), Gherardi, Bologna, 1912.

[81] Come largamente dimostrato in Edward Schillebeeckx, *The Role of History in What is Called the New Paradigm*, in Hans Küng, David Tracy, ed., *Paradigm Change in Theology. A Symposium for the Future*, T & T Clark, Edinburgh, 1989, pp. 307-319.

[82] Un *onore delle armi* riconosciuto anche da posizioni tradizionalmente ben distinte da quella di Schillebeeckx. Cfr., per tutti, Franco Giulio Brambilla, *La soteriologia di E. Schillebeeckx nell'ambito dell'attuale teologica cattolica sulla redenzione*, in *La Scuola Cattolica*, 108, 1980, pp. 438-499; Id, *L'epistemologia teologica di Edward Schillebeeckx. Dal "prospettivismo gnoseologico" a una ermeneutica storico-pratica della rivelazione I-II*, in *Teologia*, 12, 1987, pp. 13-45.

messi tra parentesi: l'attenzione ad una metodologia dell'interpretazione di percepibile rilievo per la pratica giuridica e la peculiare ricerca di argomenti a tutela di istanze di giustizia sostanziale. Non sembra confutabile che tali obiettivi, in qualche misura, debbano riguardare anche la complessità dei diritti "profani": quelli, cioè, i cui principi non rinvengono una legittimazione di tipo esclusivamente confessionale e che si prestano, al contrario, all'adozione di misure regolative sempre più demandate alla sfera della razionalità economica[83]. Ancorché tale rilievo si dimostri necessario, è, comunque sia, più evidente come esso operi fattualmente nella dimensione dell'esperienza giuridica statuale che è costituita dalla regolamentazione del fatto religioso. In un ambito del genere, infatti, il problema di dotarsi di strumenti interpretativi innovativi, che non tradiscano, per ciò solo, le fondamenta fideistiche dei sistemi confessionali, procede di pari passo rispetto a un più consapevole tentativo di misurarsi con (e di impegnarsi contro) le iniquità e le ingiustizie.

Pare, però, potersi escludere che i confini della discussione siano rimasti quelli entro cui si impegnava la canonistica laica italiana degli anni Cinquanta e Sessanta. Ad alcuni decenni di distanza da quelle polemiche, si può, anzi, sommessamente notare come esse finissero per sottendere, nella tangibile divergenza delle posizioni principali (segnatamente, quelle rappresentate da Vincenzo Del Giudice e da Pio Fedele[84]), almeno taluni presupposti comuni. Del Giudice individuava, infatti, come fondamento dell'attività ermeneutica in ambito canonistico, l'adesione alla proposta veritativa cattolica, mentre Fedele difendeva, sia pure non in termini pedissequamente corrispondenti a quelli attuali[85], la reciproca autonomia della ricerca scientifica e della verità (dell'esperienza) di fede[86]. Sulla base di quali elementi è possibile affermare che due modi tanto diversi di guardare all'interpretazio-

---

[83] Nella cospicua bibliografia richiamabile sul punto, cfr., tra gli altri, Pietro Barcellona, *Quale politica per il terzo millennio?*, Dedalo, Bari, 2000, pp. 115 e ss.; Donal Dorr, *Option for the poor and for the Earth. Catholic Social Teaching*, Orbis Books, Maryknoll New York, 2012, pp. 368 e ss.; Martha C. Nussbaum, *Il giudizio del poeta. Immaginazione letteraria e vita civile* (1996), trad. it. Feltrinelli, Milano, 1996, pp. 38 e ss.; Richard Sennett, *Lo straniero. Due saggi sull'esilio* (2011), trad. it. Feltrinelli, Milano, 2014, p. 51.

[84] In riferimento ai lavori più connotati da tale contrapposizione, v. Vincenzo Del Giudice, *Sull'insegnamento del diritto canonico nelle università italiane*, Giuffré, Milano, 1953; Pio Fedele, *Diritto canonico*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Giuffré, Milano, 1964, pp. 896-898.

[85] Per una valutazione di tale "contesa" teorica, nel periodo in cui andava maturando, cfr., comunque sia, Renato Baccari, *Il sentimento religioso nell'interpretazione del diritto canonico*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Vincenzo Del Giudice*, Giuffré, Milano, I, 1958, pp. 21 e ss.

[86] Una autorevole proposta ricostruttiva che analizza anche le possibili affinità, di contesto culturale e di metodologia espositiva, tra i due Autori richiamati, in proposito, nel testo, trovasi in Mario Tedeschi, *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico*, Pellegrini, Cosenza, 2007, pp. 116 e ss.

ne nell'ambito canonistico avessero almeno un limitato retroterra culturale comune o, più sottilmente, una *clausola di mutuo riconoscimento*, in base alla quale ciascuna posizione difendeva e preservava la validità della propria tesi, ma senza giungere alla totale e radicale svalutazione dell'altrui percorso concettuale? Del Giudice non contesta l'elevato grado di erudizione cui possono giungere gli studi di diritto canonico che non si riconoscano previamente nella posizione cattolica e che non facciano di quella precisa adesione spirituale l'essenziale fondamento costitutivo della propria ricerca: semmai, si duole che anche in proposte di studio siffatte finisca per mancare l'adeguata precomprensione dell'ispirazione divina come *norma normans* di tutti gli istituti giuridici ecclesiastici. E Fedele, nel mettere a valore l'indipendenza del percorso di fede da quello di scienza (e, soprattutto, viceversa), non sembra disconoscere come nella puntuale ricostruzione degli istituti finiscano per essere ben più che utili all'operatore del diritto delle cognizioni in ambito teologico e dottrinale, che possano chiarificare le scelte compiute dal legislatore e la peculiare funzionalizzazione degli istituti canonici a dei fini che sarebbero estranei agli ordinamenti civili e alla dottrina che li interpreta, giustifica e contribuisce ad applicare. Se Francesco Scaduto[87], alla fine del XIX secolo, aveva impresso alla materia canonistica un carattere di esclusiva confessionalità, declinato, inoltre, in modo da rendere la disciplina di limitata o assente incisività giuridica, alla metà del secolo successivo il vero, specifico, dissidio sembra divenire l'interpretazione di quel carattere di confessionalità: per Del Giudice essenziale precondizione per riconnettersi alla natura più intima e particolare dell'ordinamento canonico e alla sua non questionabile afferenza e subordinazione all'ispirazione divina[88], per Fedele elemento che non impedisce l'analisi da quella prospettiva che la dottrina novecentesca aveva potuto definire il *punto di vista esterno del* [*al*] *diritto*[89]

---

[87] Per un profilo culturale e biografico del grande studioso, può rinviarsi a Maria d'Arienzo, *L'Università di Napoli e la prima cattedra di diritto ecclesiastico in Italia. L'insegnamento di Francesco Scaduto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (http://www.statoechiese.it), Settembre 2012. Per una prima valutazione sul percorso concettuale dell'A. considerato, anche in rapporto agli anni della sua formazione, v. Carlo Fantappiè, *Sulla genesi del diritto ecclesiastico italiano. Il giovane Scaduto tra Firenze e Lipsia*, in *Studi Senesi*, I, 2003, pp. 71 e ss. Un punto di vista volto a sottolineare alcuni profili di contemporaneità, che ben sussistono negli studi teorici dello Scaduto, in Antonio Guarino, *Lo Scaduto dimenticato!*, in *il Diritto Ecclesiastico*, I, 2002, pp. 475 e ss.

[88] Sia consentito ribadire, al riguardo, come la difficile contestualizzazione dello stesso diritto divino, all'interno di una sistematica delle fonti *laicamente* intesa, sia rimasta al centro di un non sopito dibattito dottrinale. Fornendone una rilettura di particolare interesse, cfr. Salvatore Berlingò, *Il diritto divino nella dinamica dell'esperienza giuridica della Chiesa*, in Aa.Vv., *Diritto divino e legislazione umana*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 123 e ss.

[89] Benché si sia soliti attribuire l'individuazione di questo modo di rapportarsi al fenomeno giuridico al pensiero di Herbert Lionel Hart, bene fa la dottrina più recente a sottolineare, accanto

(rispetto al sistema normativo di riferimento). In chiave ideologica, potrebbero osservare tanto Rahner quanto Schillebeeckx, l'opzione avanzata da Del Giudice è risultata prevalente, nel senso che si è preservata la centralità di una trattazione del diritto canonico dall'angolo visuale specificamente cattolico[90]; dal punto di vista pratico, però, la proposta di Fedele non pare essere totalmente decaduta, visto che l'avanzamento del processo di secolarizzazione, per come chiarito riguardo a Schillebeeckx[91], se ha implementato lo scarto valoriale tra ordinamento canonico e ordinamento civile, ha contemporaneamente consentito di rileggere con maggiore chiarezza quanto dei nostri processi giuridici vigenti si ponga in linea di continuità con la lunga tradizione romano-canonica[92].

---

alla lezione del giurista inglese, la pluralità di studi che, negli anni, hanno finito con l'adottare prospettive simili. Nell'amplissima bibliografia al riguardo, cfr. Stefano Bertea, *Teoria del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002, pp. 142 e ss.; Claudio Luzzati, *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 70; Carolina Gasparoli, *Il diritto tra natura e politica: per una lettura di H. L. A. Hart*, Altralinea, Firenze, 2013 (in particolar modo, pp. 98 e ss.).

[90] Il che non esclude l'evidenziarsi di alcune contraddizioni nei rapporti tra la giurisdizione ecclesiastica e la giurisdizione civile, secondo la valutazione operata in Piero Bellini, *Per una sistemazione canonistica delle relazioni tra diritto della chiesa e diritto dello stato. Condizioni e limiti di contributo da parte della dottrina statualistica* (1954), Pellegrini, Cosenza, 2006, p. 188, n. 35: "*[…] si riproporrebbe quanto meno nelle conseguenze, il principio della esclusività formale degli ordinamenti originarii, inteso in senso meno rigido, che deve considerarsi estraneo a una costruzione, quale quella cattolica, che ripone in una stessa fonte l'origine della potestà di produzione normativa di tutti gli enti collocati in posizione sociale preminente. La diminuzione dell'efficacia giuridica delle norme competenti, ai fini della attuazione ad opera dei mezzi giurisdizionali predisposti da altri ordinamenti, renderebbe in effetti vana cosa il valore universale delle stesse. La condizione giuridica paritaria delle* societates juridice perfectae tantum materialiter distinctae *significa la impossibilità giuridica di risolvere i conflitti di mero contenuto tra i distinti ordinamenti, ogni volta che, per il tenore dei conflitti stessi, il superamento non ne discenda dal diritto naturale o da un diritto pattizio che trovi in quello il proprio fondamento di giuridicità; le società paritarie in conflitto hanno invero i medesimi diritti sì che* neutra est alteri immolanda sed ex aequo communis utilitas est procuranda. *La guerra rappresenta l'estremo rimedio per la soluzione dei conflitti di tal genere* (*c.d.* bellum justum ex utraque parte*)*".

[91] E una fondata valutazione critica, sul troppo facile *interscambio* tra la dogmatica giuridica laica e il giusnaturalismo cristiano, spesso conseguito senza una previa ricostruzione delle reciproce *inter-afferenze*, trovasi in Piero Bellini, *Del primato del dovere. Introduzione critica allo studio dell'ordinamento generale della Chiesa cristiana cattolica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2004, p. 22, n. 3: "*Diffusamente distribuito su tutto quanto l'arco dell'esperienza canonistica -questo generale e un po' generico "riferimento acquisitivo" [volto ai raffinati schemi tecnico-formali elaborati dalla scienza giuridica civile] doveva segnatamente risentire -all'apice formale del sistema- delle impostazioni pubblicistiche allora dominanti in campo laico: di tipo "giuspositivistico" e "effettualistico". Sicché -da Pensatori pur valenti- s'è creduto poter "canonizzare" il dogma dell' "ancoramento formale necessario" dei valori normativi [di tutti i valori normativi] alla volontà fondante d'una qualche "fonte storica empiricamente riscontrabile": la quale -in seno alla Chiesa cristiana cattolica- non può esser ovviamente costituita se non dal vescovo di Roma*".

[92] Secondo l'importante intuizione veicolata in Pierre Legendre, *La pénétration du droit roman dans le droit canonique classique*, thèse pour le doctorat, Imprimerie Jouve, Paris-Mayenne, 1964.

Non è un caso, allora, se l'influenza di Schillebeeckx e di Rahner sia più evidente nella dimensione propriamente teologica del dibattito canonistico e nel novero di quegli studi, in materia di *law & religion*, che, al contrario, preferiscono un approccio *positivistico*, cioè di osservazione circostanziata delle consuetudini, delle regole e delle controversie giurisprudenziali riguardanti i gruppi religiosi minoritari[93]. L'attenzione della teologia, nei confronti di Schillebeeckx e Rahner, soprattutto delle teologie *contestuali*[94], che hanno contribuito ad aprire le scienze teologiche a una metodologia *multidisciplinare*, anche quando avessero difeso l'unitarietà dei contenuti di fede, si giustifica piuttosto agevolmente: se, quanto al profilo canonistico, i contenuti veicolati da Schillebeeckx in ordine al celibato ecclesiastico[95] o da Rahner nel tentativo di realizzare *integralmente* il dialogo *ecumenico*, possono difficilmente essere accolti *tout court* e senza immaginare una precisa gradualità che assecondi la formalizzazione dal punto di vista giuridico, le teologie *minoritarie*, più spesso promosse da personalità in dissenso rispetto alle indicazioni e alle prassi della Curia, hanno rilevato in un'intera generazione di *periti* e teologi linfa vitale per conservare lo spirito del Concilio e la sua intrinseca attitudine alla trasformazione equitativa delle strutture

---

[93] Nella copiosa letteratura sul tema, verosimilmente destinata ad ulteriori svolte ed implementazioni, cfr., almeno, SAMANTHA KNIGHTS, *Freedom of Religion, Minorities and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007; RUSSELL SANDBERG, *Church-State Relations in Europe: from legal models to an interdisciplinary approach*, in *Journal of Religion in Europe*, 1, 2008, pp. 329 e ss.; ancor prima, ed in una prospettiva che più da vicino interroghi un'accezione ampia del dialogo interreligioso, come esso stesso produttivo di effetti giuridici, persino all'interno degli ordinamenti civili, ROBERT BAIRD, *On defining Hinduism as a religious and legal category*, in Id, ed., *Religion and Law in Independent India*, Manohar, New Delhi, 1993, pp. 24-40. Restando al dibattito italiano sulla significatività degli approcci di *law & religion*, v. EDOARDO DIENI, *Diritto & religione* vs. *"nuovi paradigmi". Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, a cura di, Giuffré, Milano, 2008; ROBERTO MAZZOLA, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Giuffré, Milano, 2005; MARCO VENTURA, *La laicità dell'Unione Europea. Diritti, Mercato, Religione*, Giappichelli, Torino, 2001.

[94] Per una prima panoramica sui contenuti e sulle metodologie di tali orientamenti teologici, può vedersi il volume di Antonino Mantineo, a cura di, *Per un approccio alle teologie del contesto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012. Approfondimenti più circostanziati in ANTONIO AGNELLI, *Cur deus victima. La proposta cristologica di Jon Sobrino nell'orizzonte storico dei popoli crocifissi*, Uniservice, Trento, 2009, pp. 344 e ss.; cogliendone alcune contraddizioni, ma difendendo gli elementi fenomenologici dell'analisi, v., tra gli altri, GIUSEPPE VICO, *L'avvento educativo dei "poveri cristi"*, Vita e Pensiero, Milano, 2007, pp. 268 e ss.

[95] Richiamandosi a EDWARD SCHILLEBEECKX, *Il celibato del ministero ecclesiastico: riflessione critica* (1967), trad. it. Paoline, Roma, 1968, pp. 100 e ss. -che costituisce l'elaborazione più sistematica dell'A. sul punto, ma non certo l'unica occasione in cui il tema fu affrontato attraverso pubblicazioni scientifiche e che, comunque sia, apparterrebbe a buon diritto a quel "primo" Schillebeeckx, che è, usualmente, considerato maggiormente rigoroso e *osservante* dalla teologia prevalente, convince la ricostruzione delle diverse posizioni veicolata in MASSIMO DA CRISPIERO, *Teologia della sessualità*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 1994, pp. 334 e ss.

socio-giuridiche e alla modificazione partecipativa delle istituzioni giuridico-canoniche[96]. Per tali ragioni, Schillebeeckx e Rahner, pur diversamente connotati e connotabili, forniscono ancora oggi argomenti di interesse per valutare complessivamente le possibilità insite in una maggiore valorizzazione delle chiese locali[97], per ridiscutere criticamente i punti del Magistero che hanno riguardato le scelte morali e comportamentali[98], per suggerire un maggiore inclusivismo nei confronti di soggettività sociali troppo a lungo espunte dall'*orizzonte* ordinario degli studi teologici. Non è soprendente che le opere di Schillebeeckx, più spesso al centro di quelle critiche che assecondarono l'orientamento della Congregazione per la Dottrina della Fede, siano state quelle di argomento cristologico[99]: esse si ponevano in dialogo con la prima elaborazione dei teologi e dei filosofi della liberazione, e, a propria volta, influenzano in modo spesso dichiarato la rilettura cristologica più recentemente veicolata da una nuova generazione di studi sui temi della cristologia (tra i nomi più rilevanti, a segnalare questo filone più recente, non può tacersi quello di Jon Sobrino[100]). E, d'altra parte, non stupisce che,

---

[96] Di istanze simili, possono, del resto, dar conto anche prospettive teoriche profondamente diverse. Cfr., al riguardo, Franco Giulio Brambilla, *Le aggregazioni ecclesiali nei documenti del Magistero dal Concilio fino ad oggi*, in *La Scuola Cattolica*, 116, 1988, pp. 461-511.

[97] Lungo questo crinale, può valutarsi il contributo di Hervé Legrand, *Il primato romano, la comunione tra le chiese e la comunione tra i vescovi*, in *Concilium*, 5, 2013, pp. 90-97. In particolar modo, *ivi*, p. 97: "*in breve, slegata dalla comunione delle chiese locali e compresa in maniera universale, la collegialità non è effettiva se non nel quadro del concilio ecumenico, di esclusiva convocazione papale e di periodicità aleatoria (tre secoli separano il Vaticano I dal concilio di Trento); come dire che, a questo livello, essa è inoperante. Ma essa è inoperante anche su scala regionale, disposizione canonica che si potrebbe facilmente mutare*".

[98] A ricostruire lo sfondo di tali questioni, v. Fortunato Freni, *La laicità nel biodiritto: le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità*, Giuffré, Milano, 2012, pp. 306 e ss.; Eugenio Mazzarella, *Vita, politica, valori. Sensibilità individuali e sentire comunitario*, Guida, Napoli, 2010, pp. 55 e ss.; Vittorio Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 61 e ss.

[99] A dispetto di quelle perplessità interpretative, sovente richiamate *supra*, in nota e nel testo, può essere opportuna la precisazione operata in Valentino Sartori, *Esperienza, interpretazione e verità*, cit., p. 27, n. 17, secondo cui: "*[…] nessuna delle tre indagini sulla teologia di Schillebeeckx ha portato la summenzionata Congregazione romana a condanne o censure nei suoi confronti […]. Con un misto di giustificato orgoglio e di sollievo, Schillebeeckx stesso precisa che i punti di disaccordo riguardavano la dottrina ufficiale, non la fede professata dalla Chiesa*".

[100] Il riferimento è a Jon Sobrino, *La fede in Gesù Cristo. Saggio a partire dalle vittime* (1999), trad. it. Cittadella, Assisi, 2001, e, ancor prima, a Id, *Gesù Cristo liberatore. Lettura storico-teologica di Gesù di Nazareth* (1991), trad. it. Cittadella, Assisi, 1995, in ordine ai quali vedasi Congregazione per la Dottrina della Fede, *Notification on the works of father Jon Sobrino sj.*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2007. Se in Domenico Bilotti, *Una "teologia scomoda"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (http://www.statoechiese.it), Settembre 2009, poteva scorgersi il tentativo di valutare le opere in commento con uno sguardo più complessivo, rispetto ai punti critici individuati dalla ricordata *Notificatio*, Sandro Magister, *La sentenza sul teologo Jon Sobrino ha di*

tra gli interventi pubblici di Rahner più spesso citati nelle opere dei teologi attivi in Asia, in Africa o nell'America Latina, figurino quelli (già ritenuti, in questa sede, però, tra i meno innovativi dal punto di vista della proposta normativa individuatavi) relativi alle proposte di conciliazione tra il mondo dell'attivismo civile di ispirazione ideologica marxista e le parti più impegnate e avvertite del cattolicesimo sociale[101]. Alle "periferie dell'Impero", per usare un'espressione, in realtà, non particolarmente adeguata, dal momento che non coglie i processi di *delocalizzazione* in atto nei meccanismi decisionali[102], è inevitabile che il messaggio di Rahner sembri un incoraggiamento a coltivare tutti i possibili rapporti, in concreto esperibili, tra gli *attori sociali* che mirano alla trasformazione di un ordine ingiusto ed iniquo: siano essi i gruppi religiosi, i movimenti civili o, ancor più frequentemente, quelle categorie sottoposte più duramente a logiche di sfruttamento e di costante deprivazione. È certamente d'aiuto ricordare come non spetti alle scelte di fede e all'ordinamento giuridico-confessionale[103], entro cui esse si *vivificano* e realizzano, di perseguire dinamiche di questo tipo, più propriamente involventi la sfera politica (persino più di quella giuridico-civile che spesso si modifica *sincronicamente* rispetto ad essa). È, altresì, opportuno sottolineare come istanze similari, benché rischino di esulare dalla considerazione della sistematica canonistica e dalla valutazione del diritto *interno* alle confessioni religiose, meritino di essere costantemente tenute sotto osservazione, perché esse, in ultima analisi, ripropongono, sul piano dell'agire sociale, le stesse motivazioni interiori che l'individuo persegue attraverso le proprie convinzioni religiose: un anelito di giustizia, ancor prima che di consolazione.

---

mira un intero continente, in *http://www.chiesa.espressonline.it*, 20 Marzo 2007, appare ampliare ulteriormente l'analisi, sino a ritenere l'atteggiamento rivolto ai volumi *de quibus* come espressione di un consapevole ridimensionamento delle chiese latino-americane, che, in realtà, non sembra essersi compiuto.

[101] Questa apertura in Rahner non implicava una inverosimile *alleanza strategica*, ma denotava la stessa curiosità intellettuale che il teologo ebbe, ad esempio, anche nei confronti della *non credenza*, sia pure con reiterate cautele e osservazioni critiche. Cfr., in argomento, Antonio Spadaro, *Invito alla lettura*, in Karl Rahner, *Letteratura e cristianesimo*, cit., pp. 10-17.

[102] Anche se tale critica alla legittimazione del potere e, conseguentemente, all'effettività e alla legittimità delle fonti del diritto è, ormai, generalmente accetta, piace ricordare come una delle sue prime formalizzazioni sul piano metodologico sia giunta dalla dottrina italiana. Cfr., in merito, Luigi Ventura, *Il governo a multipolarità diseguale*, Giuffré, Milano, 1988.

[103] Secondo la precisazione operata in Andrea Zanotti, *Diaspora ed unità: evangelizzazione, missione, ecumenismo. Concilio e primato*, in Id, Geraldina Boni, *La Chiesa tra nuovo paganesimo e oblio. Un ritorno alle origini per il diritto canonico del Terzo Millennio?*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 166.

Il ruolo del diritto particolare[1]

Raffaele Coppola

1. – Avevo da poco assunto la direzione del Centro di Ricerca "Renato Baccari", intitolato al mio compianto Maestro, quando mi raggiunse, nel mese di dicembre del 2012, una telefonata dell'amico George Gallaro in cui mi chiedeva dagli Stati Uniti, a nome della Società per il diritto delle Chiese orientali, la disponibilità ad organizzare, insieme con Padre Lorenzo Lorusso, il presente congresso internazionale su "Leggi particolari e questioni attuali nelle Chiese".

Le difficoltà non erano trascurabili, specialmente di carattere economico e logistico, ma mi venne subito alla mente ciò che scriveva il compianto Padre Salvatore Manna, nel contesto del grande congresso di Bari del 1991, parlando dell'etimologia del termine "Puglia": cioè che l'antica radice della sua centralità richiama una terra "senza porte", specialmente nei confronti dell'Oriente.

Che questa sia la vocazione della nostra regione e specialmente del capoluogo è comprovato dal fatto che il 9 gennaio 2013 avevo già sciolto la riserva e, insieme con i miei collaboratori (in particolare l'avv. Francesco Patruno), davo inizio a questa importante iniziativa del Centro di Ricerca appena costituito. Essa mi ha ricondotto indietro di ventidue anni, facendomi rivivere, in qualche modo, il clima dello storico "Incontro fra canoni d'Oriente e d'Occidente" e successivamente, sulla scia di questo avvenimento da più parti definito ineguagliabile, degli approfondimenti compiuti sotto la guida di Péter Erdö dieci anni dopo, a Budapest, sul tema "Territorialità e personalità nel diritto canonico ed ecclesiastico".

Ambedue questi congressi internazionali, di cui sono stati pubblicati i

---

[1] Relazione conclusiva di sintesi al XXI Congresso internazionale della Società per il Diritto delle Chiese Orientali, "Leggi particolari e questioni attuali nelle Chiese", Bari 10-13 settembre 2013, i cui atti sono in corso di pubblicazione nell'Annuario della predetta Società.

poderosi volumi di atti (nel secondo tenni un' *impossibile* relazione su "Personalità e territorialità nel diritto interconfessionale"), si svolsero a diverso titolo sotto l'egida delle due grandi Società del diritto canonico, latino ed orientale, ponendo le basi, come ho scritto nella presentazione dell'odierno congresso, di un atteso ritorno nella Città e nell'Università, che avevano dato origine a tale imponente movimento di pensiero con l'ambizione di offrire, in ultima analisi, un contributo determinante alla maggiore comprensione fra gli uomini e, quindi, alla pace.

Tutto avrei pensato tranne che, nella cornice o sullo sfondo del congresso appena celebrato, potesse esserci una gravissima e pericolosa crisi internazionale come quella siriana, che fa impallidire i numerosi conflitti armati, che non di rado insanguinano le regioni del Vicino e del Medio Oriente dove, insieme con le Chiese cattoliche di rito bizantino, vivono pure quelle di rito alessandrino, antiocheno, armeno e caldeo.

Ieri al pari di oggi, come dimostrano la partecipata veglia di preghiera e la giornata di digiuno indette dal Santo Padre Francesco, seguite anche da moltitudini di non credenti e di appartenenti ad altre religioni (in prima linea musulmani), l'unico strumento è dato dal dialogo politico fecondo e fraterno, a cui deve fare da supporto la mobilitazione e la riorganizzazione delle Chiese e delle religioni, in spirito di carità e di comprensione reciproca.

2. – Direi che, mentre i precedenti congressi sopra menzionati tentavano, rispettivamente, la dimostrazione di un effettivo patrimonio giuridico comune alla Chiesa latina e alle Chiese orientali ed un bilancio del diritto canonico e della canonistica di fronte al nuovo millennio, questo XXI congresso internazionale della Società per il diritto delle Chiese orientali, che vorrei non fossero mai più in balia delle guerre, ha realizzato il più concreto obiettivo di offrire un quadro analitico e costruttivo secondo le molteplici denominazioni di queste nobili Chiese, con particolare attenzione alle questioni più interessanti ed attuali.

Dopo le calibrate, importanti distinzioni fra "teoria" e "pratica" della legislazione particolare, abbiamo toccato con mano ed apprezzato l'apporto offerto dalle religioni e dalle Chiese all'edificazione della democrazia in Albania e, via via, i problemi della Chiesa *sui iuris* siro-malabarese, della Chiesa ortodossa cipriota (a livello costituzionale), i caratteri del Monastero di San Giovanni in Patmos, della Chiesa maronita, di quella ortodossa russa, delle Chiese melkita e rumena e, continuando nell'ordine, delle circoscrizioni ecclesiastiche bizantine in Italia e della Chiesa *sui iuris* bizantina-rutena; eppoi il diritto particolare della Chiesa *sui iuris* ucraina, le tematiche della diaspora o della coterritorialità e dell'incerta applicazione delle dottrine sui

diritti umani; infine le peculiarità dell'Arcidiocesi ortodossa d'Italia e Malta nel sistema giuridico statale, come del diritto privato dei monaci ortodossi in territorio ellenico, nonché le attribuzioni dei sindacati dei chierici nella Chiesa ortodossa in Romania.

Elementi interessanti e assolutamente non secondari è stato possibile trarre dai progetti di ricerca di taglio storico-giuridico presentati da esponenti delle nuove leve di studiosi, fra cui la dott.ssa Patrizia Piccolo di Bari, ai quali si aggiungono alcune comunicazioni, senza peraltro corrispondere, almeno finora (con eccezione della Piccolo), all'intento degli organizzatori di rinnovare, attraverso gli uni e le altre, la pregressa esperienza di apertura e di comparazione con il diritto canonico d'Occidente. Mi auguro che ciò possa avvenire per il tramite delle comunicazioni future, che, come da programma, dovrebbero pervenire entro il 31 ottobre prossimo alla prof.ssa Carmela Ventrella.

Il nostro congresso è stato anche occasione d'incontro tra cultura, storia e tradizione. Abbiamo visitato la Cattedrale di Bari ed il suggestivo succorpo, che, come i rotoli di *Exultet* del suo archivio, parlano di Oriente non meno dei luoghi legati alla memoria di San Nicola (Basilica e museo), che abbiamo percorso in modo inusuale, lungo le tre dimensioni del tempo (passato - presente - futuro), che, come sostiene S.E. Mons. Cacucci, "si intrecciano e si condizionano a vicenda".

3. – Il variegato panorama del diritto particolare delle Chiese d'Oriente, che si snoda davanti ai nostri occhi con contributi di diversa ampiezza e consistenza, offre all'indagine dell'osservatore non superficiale importanti elementi di valutazione in merito al rapporto dialettico tra Chiesa universale e Chiese particolari, in specie tra diritto universale (anche costituzionale) e diritto particolare tanto nella visione della Chiesa latina quanto di quella ortodossa, passando attraverso gli ordinamenti giuridici delle Chiese orientali cattoliche. Non entrerò dettagliatamente nel merito dei singoli contributi, ma ne interpreterò a mio modo le linee generali nell'ottica della comparazione interna a Chiese o a denominazioni confessionali meno lontane di tutte le altre dalla Chiesa cattolica o ad essa addirittura incorporate.

Per abito mentale sono portato ad una sistemazione unificante, più attento alle convergenze che alle differenze, segnatamente quando esiste una tradizione giuridica comune, costituita in questo caso dai sacri canoni dei primi secoli della Chiesa; essi danno vita ad un *corpus* che, per il mondo ortodosso, non può subire mutazione veruna se non attraverso un Sinodo "ecumenico", autorità suprema della Chiesa (Grigoriță).

Per converso nella Chiesa cattolica l'autorità suprema è data dal Vescovo

di Roma, dotato di giurisdizione immediata ed universale, molto al di là dunque del ruolo e della funzione, che non da oggi le Chiese ortodosse pur gli riconoscono, relativi soprattutto alla testimonianza della vera fede, per un ufficio di moderatore (*primus inter pares*) dell'intera comunità interecclesiale.

Principalmente per la Chiesa cattolica l'immutabilità, salvo l'intervento moderatore dell'*epieikeia*, è riconducibile esclusivamente in capo al diritto divino, naturale e positivo, che risulta così situato al vertice delle norme positive e ordinarie, per quanto risalenti nel tempo esse possano essere, dando vita ad un'inesauribile tematica, che costituisce un *unicum* nel concerto delle esperienze giuridiche di tutti i tempi. Si va dal concetto stesso di diritto divino al rapporto fra diritto divino e codificazione canonica, dalla sua giuridicità all'eventuale canonizzazione, interpretazione ed applicazione, dalla sua positivizzazione e formalizzazione alla relazione con la Costituzione della Chiesa ed alla compenetrazione tra diritto divino e dottrine generali del diritto canonico (FEDELE, LOMBARDÍA, HERVADA, BERLINGÒ, COPPOLA).

Ma il nostro congresso internazionale è stato pensato come il luogo privilegiato in cui il pluralismo disciplinare, a prescindere dalle differenze fin qui evidenziate, si manifesta all'interno delle Chiese sorelle attraverso la vigenza di diritti particolari, di per sé obbliganti in certi tempi ed in certi luoghi, che segnano anche il campo del progresso della legislazione delle singole Chiese ortodosse, non infrequentemente mediante interventi dell'autorità statale, in accordo e mai contro il *corpus canonum* della Chiesa ortodossa estesa per tutto l'universo, con cui occorre mantenere l'unità dottrinale, canonica e cultuale.

In questo senso, considerato che la molteplicità delle fonti pone sempre il problema della loro gerarchia, il ruolo del diritto particolare non è dissimile, *mutatis mutandis*, nelle varie latitudini dell'unica Chiesa di Cristo, ivi comprese la Chiesa latina e quelle Chiese che, nel volgere dei secoli, hanno ritrovato l'unità con Roma, la quale ne ha rispettato le diverse tradizioni e perciò dotate, specialmente dopo il nuovo codice dei canoni delle Chiese orientali cattoliche, di propri riti liturgici, di discipline e gerarchie proprie. Non l'autocefalia o l'autonomia delle Chiese ortodosse, in definitiva, ma un interessante *status sui iuris*, di cui in questa sede abbiamo rivisitato gli elementi necessari e sufficienti, dati sostanzialmente da una stabile comunità di fedeli, una legittima gerarchia ad essa preposta, inoltre dal riconoscimento, perfino solo tacito, di detto *status* da parte del Vescovo di Roma o del Concilio "ecumenico" (MORI - SALACHAS).

4. – In questo senso ancora, come abbiamo visto nel corso dei lavori, il

diritto particolare ha svolto e svolge un ruolo di notevole peso nell'esistenza della Chiesa o delle Chiese: da un lato esso assicura una puntuale applicazione della legislazione universale, che non può contraddire, completandola ed adattandola in relazione alle esigenze in concreto manifestatesi nelle varie circostanze; dall'altro è fattore così pregnante di evoluzione di tutto l'ordinamento che, almeno nella Chiesa cattolica, "non poche norme e istituti di carattere universale sono nati in sede locale, soprattutto ad opera dei concili particolari" (FELICIANI).

Ancor più decisa la visione della teologia ortodossa, secondo cui l'autentica comunione comprende in se stessa gli aspetti fondamentali dell'*unità* e della *libertà*, chiamando in causa l'ecclesiologia trinitaria. La tensione fra autonomia ecclesiastica e sinodalità, espressa dal famoso can. XXXIV Apostolico (RODOPOULOS), conduce al principio secondo cui le Chiese locali, attraverso il loro modo di essere diverso e diversificato, danno vita alla realtà stessa dell'unità della Chiesa, diffusa per l'intero universo, nella misura in cui sono in comunione fra loro. Parallelamente il codice del postconcilio, promulgato da Giovanni Paolo II, ha consentito spazi sempre maggiori all'autonomia delle singole diocesi e degli episcopati, favorendo lo sviluppo delle legislazioni locali ed attenuando, di conseguenza, l'accentramento della vita ecclesiale, proprio delle epoche precedenti il Concilio Vaticano II.

Un altro fattore di temperamento della staticità dell'unico *Corpus canonum*, vista per giunta l'attesa indefinita del futuro santo Concilio panortodosso, oltre che nella compiutezza del principio di "totalità" della Chiesa particolare, potrebbe vedersi nel ricorso non circoscritto (ma contrario ad ogni abuso) al criterio di *oikonomia*. Esso, pur differenziandosi dal concetto di *aequitas canonica* (MÜLLER), si avvicina infatti al complesso degli strumenti di flessibilità della norma accolti dal diritto canonico della Chiesa latina e da quello delle Chiese orientali cattoliche, che è inutile in questa circostanza enumerare, ma che rimandano ai compiti propri dei Pastori di tener conto della salvezza delle anime, in quanto legge suprema della Chiesa, in cui risiede principalmente anche l'essenza della *oikonomia* ortodossa (GEFAELL).

Il tema non è stato affrontato *ex profess*o in questa sede congressuale. Sembra peraltro, come ben messo in luce da un chiaro autore nella sua relazione critica al richiamato congresso internazionale del 1991, in margine allo specifico contributo su *Oikonomia ed aequitas canonica*, che possa essere ritentata una rilettura, in chiave occidentale, del concetto di *oikonomia*, in tutta la ricchezza di contenuti elaborati dell'esperienza disciplinare della cristianità d'Oriente, facendo riferimento all'esigenza di commisurare, duttilmente, gli interventi autoritativi della Chiesa alla stessa "mutevole realtà" del "rapporto comunitario generale": non più quindi *solo* in diretta ragione

dell'interesse spirituale del soggetto agente, ma in ragione dell'utilità, beninteso sempre spirituale, dei confratelli nella fede (Bellini).

In tale direzione paiono muoversi, con qualche attenuazione o criticità, anche i contributi anteriori e successivi in ordine di tempo, come può ricavarsi dalla bibliografia specifica ed aggiornata sull'argomento, rinvenibile nel quinto volume del Dizionario generale di diritto canonico, a cura dell'Università di Navarra.

5. – Una forte differenza con la visione cattolica è ravvisabile, proprio ed anche alla luce nei contributi del nostro congresso, nel modo di concepire la laicità dello Stato da parte delle Chiese orientali, soprattutto di tradizione greca. È vero che le radici della laicità sono individuabili proprio dal I al IV secolo e, successivamente (sino al 1054 d.C.), si sono sviluppate nel senso della sinfonia fra *sacerdotium* ed *imperium*, fra potere religioso e potere secolare tanto in Occidente quanto in Oriente (Ptisakis, Baccari M.P., Ventrella).

Ma, mentre da alcune relazioni sembra talvolta quasi riecheggiare il concetto particolare di potestà, come desumibile dal codice denominato *Epanagogé* (Ricapitolazione della legge), che verrebbe attuata per disposizione divina in una *diarchia*, cioè nelle persone del Patriarca e dell'Imperatore, l'interpretazione del dualismo cristiano di vincoli e funzioni porta oggi la Chiesa cattolica a ritenere che, non potendo darsi autonomia delle realtà terrene se non nei riguardi delle competenze ecclesiastiche (mai dell'ordine morale), è il *popolo* – ecco la novità da evidenziare – che deve decidere liberamente i modi più consoni di organizzare la vita politica, non potendo essere la Chiesa-istituzione, le altre confessioni o ideologie ad assolvere il compito di indicare quale sia l'ordinamento politico-sociale da scegliere (Benedetto XVI).

Per converso lo Stato veramente laico non può considerare la religione alla stregua di un sentimento individuale, da confinare esclusivamente nella sfera privata, come sembra emergere, salve le zone di esenzione, dalla discussa laicità francese, che costituisce un modello poco seguito nel contesto europeo. I regimi unionisti (con Chiese di Stato) sono in declino nel nostro continente, quanto meno nelle forme originali. Le forme più accreditate sono quella del coordinamento, cioè del *regime convenzionale ecclesiastico-statale*, nonché quella della *separazione degli ordini distinti*, che peraltro non esclude il sotto-modello, che ho più volte chiamato *cripto-convenzionale*.

Desidero concludere questa parte sostanziale, riallacciandomi ad un brano molto significativo, frutto di uno studio comune, che compare nella lettera ai congressisti del Card. Francesco Coccopalmerio, Presidente del Ponti-

ficio Consiglio per i testi legislativi (www.congressoslec.com). Dopo avermi inviato affettuosi complimenti per l'originalità del taglio dei lavori dell'alta assise scientifica, tanto più perché l'attenzione è caduta sui problemi maggiormente interessanti e di attualità, egli afferma che la diversità sul piano del progresso della legislazione particolare delle Chiese ovvero degli statuti interni di ciascuna Chiesa autocefala, come le altre differenze sul terreno dogmatico e rituale, non pongono in ombra le convergenze, che possono realizzarsi con il mondo ortodosso dall'angolo visuale dell'*unica* Costituzione divina della Chiesa e della spinta verso una *coesione organica*, di cui sia legittima garante la Gerarchia propria, qualunque sia la forma o il grado di "indipendenza" giuridica.

Ringrazio la Società per il diritto delle Chiese orientali di aver scelto, per la seconda volta, la sede di Bari e chi vi parla per l'organizzazione di un congresso (caso unico nella sua storia); i Padri della Basilica "San Nicola", in particolare il Priore, Padre Lorenzo Lorusso, che mi ha affiancato nel quotidiano lavoro; il Vescovo di Bari, S.E. Mons. Francesco Cacucci, che ha offerto la collaborazione dell'Ufficio comunicazioni sociali dell'Arcidiocesi di Bari-Bitonto; il Gen. Gennaro Vecchione, il quale ha comandato fino al 9 settembre la Legione Allievi della Guardia di Finanza, chiamato a dirigerne i reparti speciali in Roma; l'Ordine degli Avvocati di Bari per aver attribuito 24 crediti complessivi e 3 crediti per ogni seduta dei lavori congressuali in vista della formazione professionale; l'ENEC (Associazione internazionale per le relazioni con il Vicino Oriente) ed il suo Presidente prof. Michele Loconsole, responsabile del nostro Ufficio stampa; l'Associazione nazionale ex Allievi della "Nunziatella" - Sezione Puglia, di cui sono alla guida insieme con il suo stimato Segretario, avv. Marco Grattagliano; l'Associazione ONLUS "Apulia", massimamente il cap. Leonardo D'Elia, che, oltre i meriti, è fra i miei più fedeli estimatori; i collaboratori universitari, in particolare l'avv. Francesco Patruno, l'avv. Claudio D'Amato e l'avv. Angelica Loiacono; il gruppo dei collaboratori amministrativi del Dipartimento di giurisprudenza (Giovanni Ambrosi, Michele Tricarico e Giuseppe Mola), che, come sempre, mi sono stati vicini in ogni momento; infine, ma non da ultimo, la Banca Popolare di Puglia e Basilicata, da considerare a pieno titolo lo sponsor ufficiale del Centro di Ricerca "Renato Baccari" per lo studio del diritto canonico e del diritto ecclesiastico italiano nel contesto europeo.

Permettetemi di ricordare, in conclusione del presente intervento, il convegno di studi su "L'editto di Costantino 1700 anni dopo", seconda iniziativa del nostro Centro di Ricerca, svoltosi dall'11 al 12 aprile nell'aula magna "Aldo Moro", in cui si è fra l'altro celebrato il famoso Concilio convocato da Costantino a Nicea nel 325 d.C.; abbiamo voluto, perciò, rappresentare

questo importante congresso internazionale con l'icona di quel primo Concilio ecumenico secondo una moderna rielaborazione di scuola russa, che ha attratto l'attenzione di tutti voi.

Ma in quel convegno rievocativo della figura del Santo Imperatore, tale ritenuto dalle Chiese d'Oriente, aveva preso parte, portando un indirizzo di saluto, S.E. Massimo Vari, amato genero del prof. Renato Baccari, tornato alla casa del Padre all'alba del 18 giugno 2013. Massimo è stato, fra l'altro, Vicepresidente della Corte costituzionale, Consigliere dello Stato Città del Vaticano, nonché membro della Corte dei Conti europea di Lussemburgo e Sottosegretario di Stato presso il Ministero dello sviluppo economico con delega alle telecomunicazioni nel Governo Monti. Principalmente è stato un giurista ed un uomo probo, da me frequentato familiarmente sin dagli anni della giovinezza, proteso a combattere strenuamente l'incombente *diritto della forza* in vista della tutela della persona umana, del dialogo, del bene comune e della comunione fra i popoli. Addito a tutti il suo fortissimo senso del dovere, unito alla fede nel Signore, che, attraverso la Sua opera provvidenziale, guida la storia dei popoli.

Dichiaro chiuso il XXI congresso internazionale della Società per il diritto delle Chiese orientali, svoltosi a Bari sotto la protezione di San Nicola dal 10 al 13 settembre 2013.

Aspetti giuridici nelle opere di Sébastien Castellion in difesa degli eretici. Nuove prospettive di ricerca.

Maria d'Arienzo

1. Premessa

La possibilità di confronto tra le diverse prospettive di studio dei movimenti ereticali in età moderna[1] mi ha permesso di approfondire una delle angolazioni che i precedenti studi sul pensiero di Sébastien Castellion e soprattutto sulla duplice accezione dell'idea di tolleranza, sia religiosa che giuspolitica[2], mi avevano già indotto a focalizzare.

Le argomentazioni sviluppate da Sébastien Castellion soprattutto nel *De haereticis a civili magistratu non puniendis*[3] e nel *Conseil à la France désolée*[4] a favore della non punibilità degli eretici da parte del magistrato civile e del-

---

[1] Il contributo riproduce, con l'aggiunta di riferimenti bibliografici essenziali, la relazione presentata al Convegno di Studi organizzato dal *Laboratorio di Storia moderna* dell'Università di Firenze, dal titolo: «*Nuove prospettive degli studi italiani sulla Riforma protestante e i movimenti ereticali nell'età moderna*», Firenze 11-13 dicembre 2014.

[2] Sul concetto politico di tolleranza, mi permetto di rinviare a Maria d'Arienzo, *Deux Concepts de Tolérance: Michel de L'Hospital et Sébastien Castellion*, nel vol. *Michel Servet (1511-1553). Hérésie et pluralisme du XVI^e au XXI^e siècle.* Actes du colloque de l'École Pratique des Hautes Études, 11-13 décembre 2003, réunis par Valentine Zuber, Honoré Champion, Paris, 2007, pp. 213-223; Id., *La libertà di coscienza nel pensiero di Sébastien Castellion*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. LXIV-LXX.

[3] Sébastien Castellion, *De l'impunité des hérétiques - De haereticis non puniendis*, a cura di Marius Valkhoff e di Bruno Becker, Genève, Droz, 1971, (d'ora in poi, *De haereticis a civili magistratu non puniendis*). La traduzione italiana del manoscritto latino, è pubblicata con il titolo: *Sulla non punibilità degli eretici,* nell'Appendice A del vol. Maria d'Arienzo, *La libertà di coscienza nel pensiero di Sébastien Castellion*, cit., pp. 1-221.

[4] Sébastien Castellion, *Conseil à la France désolée auquel est montrée la cause de la guerre présente et le remède qui y pourrait estre mis, et principalement est avisé si on doit forcer les consciences,* l'an 1562, s. e., s. l.. Una edizione moderna dell'opera, con prefazione e note esplicative di Marius F. Valkhoff, è stata pubblicata a Ginevra nel 1967 con il titolo: *Conseil à la France désolée.* La traduzione italiana, da cui sono tratte le citazioni successive dell'opera, è pubblicata con il titolo: *Consiglio alla Francia desolata* nell'Appendice B del vol. Maria d'Arienzo, *La libertà di coscienza nel pensiero di Sébastien Castellion*, cit., pp. 224-259.

la tolleranza, quale strumento politico per garantire la coesistenza pacifica di religioni diverse sullo stesso territorio, consentono di porre in rilievo la duplice accezione che il termine tolleranza assume nel XVI secolo, nell'ambito delle discussioni teologico-politiche, quale principio di separazione tra potere pubblico e religioni.

Il processo dialettico tra potere, libertà e diritto si sviluppa nelle opere cosiddette polemiche di Sébastien Castellion con argomentazioni che, costituendo spesso una replica agli scritti di Giovanni Calvino e Teodoro di Beza, appaiono sostanzialmente e apparentemente simili. Tuttavia, ad una lettura più attenta, è possibile evidenziare l'accento posto su alcuni elementi essenziali della sua tesi in difesa della legittimità del dissenso dottrinario nei confronti dei suoi avversari, che consentono di delineare la diversità di dimensione nel quale il concetto di libertà si declina in rapporto all'autorità[5].

2. *«Coscienza libera» e «libertà di coscienza». La* libertas Ecclesiarum

Se nel *De Haereticis a civili magistratu non puniendis* è l'autonomia della coscienza dell'uomo a costituire il contenuto della libertà rivendicata nei confronti del potere soprattutto religioso, prima ancora che politico, nel *Conseil à la France désolée* è l'autonomia delle religioni e della loro normatività, e dunque la legittimità di un tendenziale pluralismo di interpretazioni del messaggio cristiano, a rappresentare il *focus* peculiare delle argomentazioni di Castellion.

Il consiglio di «lasciare libere le due religioni sullo stesso territorio» viene indicato quale rimedio pragmatico più efficace al fine di guarire la malattia del corpo politico della Francia dilaniata dalle lotte fratricide tra Cattolici e Evangelici, ma soprattutto per guarire la malattia spirituale che affligge le stesse autorità religiose. Queste, arroccate in difesa del proprio esclusivismo dottrinario, impongono, con la costrizione delle coscienze, l'uniformità e la conformità di appartenenza alla comunità salvifica ritenuta espressione del "vero" cristianesimo. In tal modo impediscono la realizzazione dello spirito cristiano di carità fondato non sulla violenza, ma sull'amore e la stessa possibilità di conversione dei cuori, intesa quale processo razionale e spirituale di liberazione della coscienza dal peccato, che nasce dall'*amor sui* e dall'allontanamento volontario ed ostinato dalla verità[6].

---

[5] I paragrafi 2 e 3 riprendono le riflessioni sviluppate più ampiamente nell'*Introduzione* del vol. *La libertà di coscienza nel pensiero di Sébastien Castellion*, cit., pp. IX-LXX, *passim*.

[6] Sébastien Castellion, *Consiglio alla Francia desolata*, cit., p. 244.

La libertà di coscienza è in altri termini l'unica possibilità per rendere la coscienza libera dalle passioni e dal peccato. Ma la libertà di coscienza può essere tutelata soltanto attraverso il principio di autonomia e separazione tra l'ambito politico terreno e quello spirituale e religioso. La neutralità del potere politico rispetto alle pretese di confessionalizzazione della sfera pubblica costituisce l'unica soluzione per neutralizzare l'intolleranza e la negazione dello spirito di pietà e misericordia che anima le Chiese nate dalla frantumazione della *societas christiana*. La teorizzazione della *libertas Ecclesiarum*, quale ampliamento del concetto di *libertas Ecclesiae* sviluppatosi in ambito cattolico, appare, pertanto, in tale ricostruzione, quale corollario della libertà della coscienza individuale da qualsiasi imposizione o condizionamento esterno, in quanto si riconnette alla responsabilità di ciascuno, e dunque anche delle autorità religiose e politiche, all'edificazione di una comunità salvifica realmente cristiana.

Tuttavia, è proprio nella concettualizzazione della libertà quale limite al potere impositivo sulle coscienze che è possibile individuare il nodo della riflessione sulla funzione del diritto applicabile alla comunità soggetta alla giurisdizione dell'autorità legittima, e dunque sulla separazione e autonomia della normatività religiosa da quella civile. In altri termini, la distinzione dell'ambito politico-terreno da quello religioso-spirituale appare consequenziale alla teorizzazione di quello che in termini moderni chiameremmo pluralismo normativo, derivante dalla concettualizzazione di una pluralità di appartenenze soggettive sia civili che religiose, quale fondamento di un nuovo sistema di rapporti tra politica e religione cristiana rispetto a quello conosciuto sino a quel momento in Europa.

3. Giurisdizione civile e religiosa. Separazione degli ambiti

La separazione degli ambiti, politico e religioso, si sviluppa nelle argomentazioni di Castellion, ed è questo il punto nodale della mia indagine di ricerca, attraverso un metodo di analisi teso ad individuare la specifica proprietà di una fattispecie concettuale e a distinguerla da altre con le quali potrebbe essere peraltro assimilata, al fine di definirne l'appartenenza ad una categoria propria dell'ordine spirituale o giuspolitico. In altri termini, l'intento definitorio appare essere non soltanto l'espressione di un criterio ermeneutico di analisi del linguaggio e dei concetti, proprio delle dispute teologiche e della confutazione degli argomenti della controparte, ma sembra costituire, almeno nella difesa della non punibilità degli eretici, lo strumento logico e metodologico per delimitare la distinzione tra il delitto e il peccato

e, di conseguenza, tra la competenza in materia penale del magistrato civile e l'apparato sanzionatorio dei sistemi giuridici religiosi. Distinzione che è affermata proprio per deconfessionalizzare la giurisdizione civile in ambito penale al fine della costruzione, o ricostruzione, di un diritto pubblico che, in quanto tale, è teso a sanzionare la dimensione pubblica, e dunque esteriore, della condotta criminosa e non la peccaminosità della coscienza. La giurisdizione sul foro interno esula dalla competenza del Magistrato e dalla stessa finalità della pena, tesa non al ravvedimento del colpevole, ma al ristabilimento di un equilibrio sociale turbato dalla violazione delle norme su cui si regge l'ordine politico[7].

L'obiettivo polemico di Castellion appare proprio il sistema istituzionale fondato sul legame tra obbedienza all'autorità sia civile che religiosa e salvezza dell'uomo sostenuto da Calvino. Come afferma l'umanista savoiardo, occorre distinguere e non confondere[8].

La legittimità del potere temporale, nelle riflessioni del Riformatore ginevrino, risiede nel garantire l'ordine di giustizia voluto da Dio nella società terrena, in base al patto che lega il popolo all'autorità politica. L'obbedienza al volere divino costituisce, secondo la teologia dei *foedera* descritti da Calvino nel II libro dell'*Institutio*[9], il fulcro dell'alleanza tra legge e libertà, intesa come impegno volontariamente assunto di obbedienza al diritto stabilito e garantito dal potere temporale che è riconosciuto, attraverso il confronto razionale tra legge dell'uomo e legge di natura, quale espressione della volontà divina. La sottomissione alle leggi rinnova formalmente, in tal

---

[7] Su questi aspetti, cfr. Paolo Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 219-267; Orazio Condorelli, *Intorno al concetto giuridico di tolleranza religiosa (tra Medioevo e Antico Regime). Appunti su alcune premesse storiche del diritto ecclesiastico dello Stato*, in *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 701-726, e in *La costruzione di una scienza per la nuova Italia: dal diritto canonico al diritto ecclesiastico*, a cura di Giovanni Battista Varnier, Edizioni Università Macerata, Macerata, 2011, pp. 29-67.

[8] *Contra libellum Calvini in quo ostendere conatur hæreticos jure gladij coercendos esse*, s. l., 1612, p. G V r., replica di *Vaticanus* à *Calvinus* 112 (d'ora in poi *Contra libellum Calvini*). L'esemplare consultato e da cui sono tratte le successive citazioni è conservato presso la Bibliothèque Sainte-Geneviève de Paris alla segnatura n. 8 D 6957 INV 8584 FA. La traduzione francese di questo testo è stata pubblicata da Étienne Barilier con il titolo *Sébastien Castellion, Contre le libelle de Calvin, après la mort de Michel Servet*, Ed. Zoe, Genève, 1998, p. 219.

[9] Giovanni Calvino, *Istituzione della religione cristiana*, a cura di Giovanni Tourn, I, Utet, Torino, 2009², p. 551 ss. Sulla teologia del *foedus* nella *Institutio Crhristianae Religionis* del 1536, nelle edizioni successive al 1536, e nelle *Homiliae in primum librum Samuelis*, cfr. Mauro Povero, *Il pensiero di Bullinger e Calvino sul Foedus o Testamentum Dei*, nel vol. Corrado Malandrino, Luca Savarino (a cura di), *Calvino e il calvinismo politico*, Claudiana, Torino, 2011, pp. 65-119.

modo, il rapporto contrattuale con Dio[10]. Pertanto, è compito del magistrato civile punire l'eretico in quanto difensore dell'onore di Dio.

Per Sèbastien Castellion, al contrario, l'autorità del magistrato civile, essendo un'istituzione precristiana, appartiene all'ordine di natura, proprio di questo mondo, a cui sono sottoposti tutti coloro che pur avendo la coscienza del peccato non hanno la forza per vincerlo e restano assoggettati alla legge naturale, la quale permette di distinguere ciò che è giusto dall'ingiusto. Di conseguenza, il dovere principale del potere civile è quello di garantire la giustizia e la pacifica convivenza nella società civile, tutelando l'incolumità fisica e dei beni da crimini altrui, secondo i principi della legge naturale – dunque giudicando le azioni esteriori – mentre tutto ciò che appartiene al mondo spirituale e alla malattia dell'anima, ovvero al peccato, è giudicato solo da Dio e va combattuto con le armi spirituali e della persuasione e non con quelle corporali. La separazione tra ambito terreno-corporale e ambito spirituale, e dunque tra crimine e peccato, è racchiuso nella celebre frase di Castellion: «*Uccidere un uomo non è difendere una dottrina, è uccidere un uomo. Quando i ginevrini hanno ucciso Serveto non hanno difeso una dottrina, hanno ucciso un uomo. Non spetta al magistrato difendere una dottrina. Che ha in comune la spada con la dottrina? […] Se Serveto avesse voluto uccidere Calvino, il magistrato avrebbe fatto bene a difendere Calvino. Ma poiché Serveto aveva combattuto con scritti e con ragioni, con ragioni e con scritti bisognava refutarlo. Non si dimostra la propria fede bruciando un uomo, ma facendosi bruciare per essa*»[11].

4. *Interpretazione della verità giuridica e teologica*

L'analisi relativa alla logica argomentativa di Castellion si incentra proprio sul duplice piano, teologico e giuridico, entro cui si sviluppa la problematica tra giusto ed ingiusto, o meglio tra verità ed errore, in virtù di un comune modello interpretativo tra teologia e diritto rispetto alla conoscenza della verità[12].

---

[10] Cfr. Daniele Garrone, *Libertà e legge nell'Antico Testamento, in Libertà e disciplina. Nel 500⁰ anniversario di Giovanni Calvino*, a cura di Gianni Long, Claudiana, Torino, 2009, pp. 15-20.

[11] *Contra libellum Calvini*, op. cit., p. E v°, replica di *Vaticanus* a *Calvinus* 77: «Hominem occidere, non est doctrinam tueri, sed est hominem occidere. Cum Genevenses Servetum occiderunt, non doctrinam defenderunt, sed hominem occiderunt. Doctrinam tueri non est Magistratum (quid gladio cum Doctrina?) sed doctoris. Doctorem autem tueri est Magistratus, sicut agricolam et fabrum et medicum et cœteros contra injuriam tueri. Itaque si Calvinum occidere Servetus voluisset, recte Calvinum defendisset Magistratus. Sed cum rationibus et scriptis Servetus pugnaret, rationibus et scriptis repellendus erat».

[12] Le considerazioni sugli aspetti giuridici delle argomentazioni teologiche di Castelllion in difesa

Tale prospettiva appare particolarmente rilevante nel *Contra libellum Calvini.* Come si evince già dall'icasticità del titolo, si tratta della confutazione punto per punto della *Defensio orthodoxae fidei de Sacra Trinitate*[13] pubblicata da Calvino pochi mesi dopo la messa al rogo di Michele Serveto, nel 1554, stampata anche in versione francese con il titolo: *Déclaration pour maintenir la vraie foi*[14]. Opera che, redatta anch'essa nel 1554, venne edita solo nel 1612 in Olanda, nell'ambito della controversia tra riformati ortodossi e rimostranti. L'immediatezza della replica al *pamphlet* che – in seguito alle critiche ricevute soprattutto nell'ambiente di Basilea dopo il rogo dell'antitrinitarista spagnolo avvenuto nell'ottobre del 1553 – Calvino aveva scritto in difesa della ortodossia della vera fede e soprattutto per giustificare la legittimità della procedura giudiziaria e la condanna a morte degli eretici, connota il *Contra libellum Calvini* di Castellion del carattere di un vero e proprio capo d'accusa nei confronti dell'intero sistema religioso-civile calvinista[15].

La stessa forma dialogica utilizzata da Castellion tra Calvino e un non meglio precisato *Vaticanus*[16], appare rappresentare, anche per la vivacità del linguaggio, una vera e propria arringa volta a smantellare la tesi avversaria, quasi come in una dialettica processuale, nella quale il giudice è rappresentato dall'imparzialità dei lettori[17].

Più specificamente, come è possibile rilevare dalle puntualizzazioni polemiche affidate a *Vaticanus*, la conoscenza della vicenda processuale di Miche-

---

della non punibilità degli eretici sono state sviluppate in Maria d'Arienzo, *Théologie et droit dans la pensée et les œuvres de Sébastien Castellion. Aspects méthodologiques*, nel vol. Marie Christine Gomez-Géraud (ed.), *Sébastien Castellion: des Écritures à l'écriture*, Garnier, Paris, 2013, pp. 355-369.

[13] *Defensio orthodoxæ fidei de Sacra Trinitate contra prodigiosos errores M. Serveti hispani; ubi ostenditur hæreticos jure gladii coercendos esse, et nominatim de homine hoc tam impio juste et merito sumptum Genevæ fuisse supplicium.* Il testo è pubblicato in *Ioannis Calvini Opera quæ supersunt omnia*, Guilielmus Baum, Eduardus Cunitz, Eduardus Reuss, Carl August Schwetschke (ed.), in *Corpus reformatorum*, vol. XXXVI, C.A. Schwetschke, Braunschweig-Berlino, 1865-1903.

[14] *Déclaration pour maintenir la vray foy que tiennent tous chretiens de la Trinité des personnes en seul Dieu. Par Jean Calvin. Contre les erreurs detestables de Michel Servet espagnol. Où il est aussi monstrè, qu'il est licite de punir les hérétiques, et qu'à bon droit ce meschant a esté executé par justice en la ville de Genève*, Jean Crispin, Genève, 1554.

[15] Marianne Carbonnier-Burkard, *Des procès de Servet au procès de Calvin*, nel vol. *Héresie et pluralisme du XVIe au XXIe siècle,* cit., pp. 27-52; Id., *Calvin/Servet: un duel public*, in François Clavaroly (dir.), *Calvin, de la Réforme à la modernité,* Paris, PUF, 2010, pp. 39-61; Lucia Felici, *Giovanni Calvino e l'Italia*, Claudiana, Torino, 2010, p. 105 ss.

[16] Sulla scelta dello pseudonimo di *Vaticanus*, cfr. Hans Rudolphe Guggisberg, *Sebastian Castellio, 1515-1563. Humanist und Verteidiger der religiösen Toleranz im konfessionellen Zeitalte,* Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1997, p. 117 e nota 46. Esiste ora una traduzione inglese dell'originale tedesco, *Sebastian Castellio, 1515-1563. Humanist and Defender of Religious Toleration in a Confessional Age*, Ashgate, Aldershot, 2003. Étiennne Barilier, *op. cit*., p. 35 suggerisce che *Vaticanus* potrebbe essere l'anagramma di Calvino.

[17] Maria d'Arienzo, *op. ult. cit*., p. 359.

le Serveto, il ruolo ricoperto da Calvino sia nella cattura che nella condanna dell'antitrinitarista spagnolo, in quanto inizialmente promotore dell'accusa e in seguito consultore teologico nel processo ginevrino[18], rappresentano una denuncia del mancato rispetto delle procedure, del diniego del diritto di difesa, di errori relativi alla tecnica probatoria commessi al fine di acclarare una verità formale o giudiziaria non corrispondente alla verità sostanziale.

In quello che può essere definito «il processo al processo di Serveto»[19], l'accusa dei numerosi errori procedurali nell'accertamento della verità dei fatti nel contesto giuridico-processuale[20] non appare dissimile dall'accusa degli errori metodologici nell'interpretazione teologica delle fonti, le quali si rivelano scelte in modo volutamente parziale, al fine di giustificare l'intolleranza dell'errore in materia di fede e la legittimità della pena di morte per gli eretici. Come nota Castellion, vengono difatti citati solo i passi delle Scritture utilizzabili a sostegno dello spargimento di sangue nei confronti delle coscienze erronee, mentre sono omessi tutti gli altri in base ai quali si arriverebbe ad una diversa e opposta conclusione.

Il più rilevante tra questi è l'equiparazione dell'eretico al bestemmiatore, all'idolatra, al falso profeta. In virtù di tale assimilazione, la pena di morte, ordinata nella legge mosaica contro costoro, è estesa anche agli eretici come voluta dalla volontà divina[21], nonostante le Scritture trattino dell'eretico, in realtà, solo nella *Lettera a Tito* e indirettamente nell'insegnamento di Cristo in *Matteo 18*. Da tali passi è possibile ricavare che solo dopo la seconda ammonizione, se costui continua nella sua ostinazione a rifiutare la verità deve essere allontanato[22]. La definizione di ciò che qualifica le singole categorie di peccati consente a Castellion di distinguere l'eresia dalle altre forme di oltraggio a Dio e di individuare la *qualitas* specifica dell'eretico nella sua pertinacia e ostinazione, che in quanto peccato spirituale deve essere combattuta con le armi spirituali e non con quelle temporali.

---

[18] Cfr. Marianne Carbonnier-Burkard, *Des procès de Servet au procès de Calvin*, cit., pp. 27-52; Id., *Calvin/Servet: un duel public*, cit., pp. 39-61; Giovanni Tourn, *Giovanni Calvino. Il Riformatore di Ginevra*, Claudiana, Torino, 2009, p. 82; Alister Edgar McGrath, *Giovanni Calvino. Il Riformatore e la sua influenza sulla cultura occidentale*, Claudiana, Torino, 2002, p. 156; Jean-François Gilmont, *Jean Calvin et Michel Servet,* nel vol. Franco Giacone (ed.)*, Calvin insolite. Actes du colloque de Florence (12-14 mars 2009)*, Garnier, Paris, 2012, pp. 401-421, specificamente sul processo di Ginevra, p. 413 ss.

[19] Maria d'Arienzo, *op. ult. cit.*, p. 359.

[20] Cfr. *De hæreticis a civili magistratu non puniendis*, cit., pp. 67, 76-77.

[21] Maria d'Arienzo, *La libertà di coscienza nel pensiero di Sébastien Castellion*, cit., p. XLVIII.

[22] Castellion applica all'eresia il passo di Matteo che riguarda più in generale il torto di un fratello a un altro fratello o alla Chiesa, che consente, in ultima analisi, la pena della scomunica, ossia, l'allontanamento dalla comunità. Sulla scomunica cfr. Vincenzo Lavenia, *L'infamia e il perdono: tributi, pena e confessione nella teologia morale della prima età moderna*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 34 ss.

Proprio tale specificazione esclude l'applicabilità della norma divina dell'Antico Testamento, che prescrive la pena di morte per fattispecie diverse, anche all'eresia in quanto manca il presupposto dell'*eadem qualitas* che consentirebbe, in base al concetto di *similitudo*, il ricorso al procedimento interpretativo analogico in caso di *lacuna legis.* In un certo senso, sembra quasi che venga adottato da Castellion il ragionamento che ha condotto i giuristi ad affermare il principio del divieto di analogia nel diritto penale.

Gli artifici interpretativi individuati nella tesi di Calvino sono stigmatizzati da Castellion quali applicazioni dell'*ars oratoria* di Cicerone e dei sofismi propri della scuola della Sorbonne, nella quale il Riformatore di Ginevra aveva ricevuto la sua formazione giuridica. Tali riferimenti consentono di evidenziare la stretta connessione rilevabile nel pensiero di Castellion tra metodo teologico e giuridico al fine della conoscenza della verità.

In altre parole, pare possibile rilevare l'applicazione nelle sue argomentazioni di un procedimento dialettico teso alla interpretazione della verità sostanziale e oggettiva rispetto a quella puramente formale che spesso, in quanto frutto di interpretazioni volutamente arbitrarie, può essere soltanto soggettiva, non risultare evidente e realmente convincente sulla base della *ratio naturalis*, e, ancor più, espressione non di equità, ma al contrario di un giudizio iniquo.

Del resto, la ricerca della *ratio naturalis* delle norme[23], e dunque della verità giuridica in senso reale e sostanziale, attraverso la dialettica, contraddistingue il metodo di *intepretatio iuris* nuovo rispetto alla logica dogmatica aristotelico-scolastica che caratterizzava i commentatori medievali come è possibile rinvenire anche nei diversi trattati di dialettica legale del XVI secolo[24].

Naturalmente, se volessimo continuare con la metafora del processo, la presenza di un metodo di interpretazione comune anche ai giuristi dell'epoca testimonia indubbiamente l'*humus* culturale nel quale si sviluppano le idee castellionane a favore della tolleranza dell'errore in materia dottrinaria[25]. La cultura umanistica e i nuovi strumenti interpretativi dei testi costituiscono

---

[23] Ennio Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, I-II, Giuffrè, Milano, 1962-1963, *passim* e *ad indicem* s.v. *ratio*.

[24] Cfr. Vincenzo Piano Mortari, *Diritto, logica e metodo nel secolo XVI*, Jovene, Napoli, 1978, *passim*, ma specialmente p. 136 ss.

[25] Guido Kisch, *Humanismus und Jurisprudenz. Der Kampf zwischen mos italicus und mos gallicus an der Universität Basel*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1955; Domenico Maffei, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1972 (troisième réimpression sans changement de l'éd. originale, 1956); Cesare Vasoli, *La dialettica e la retorica dell'Umanesimo. "Invenzione" e "Metodo" nella cultura del XV e XVI secolo*, Feltrinelli, Milano, 1968; Vincenzo Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Jovene, Napoli, 1976, p. 192 ss. e 237 ss.; Id., *Diritto, logica e metodo nel secolo XVI*, op. cit.; Italo Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino, 2002.

la radice di una diversa impostazione metodologica di ricerca razionale rispetto a quella dogmatica, basata sull'identificazione tra verità e certezza[26].

Tuttavia, oltre che il modo di argomentare, anche l'uso di un lessico tecnico-giuridico specifico – come ad esempio nelle definizioni della diffamazione, dell'ingiuria, della falsa testimonianza, individuati quali crimini[27] –, l'impiego di esempi giuridici[28], lo stesso impianto accusatorio, sembrerebbero indizi tesi certamente non a suffragare, ma almeno a suggerire l'ipotesi di una redazione dell'attacco contro Calvino non isolata o meramente individuale di Sèbastien Castellion.

5. Nuove prospettive di ricerca

L'opera di Castellion, seguendo tale suggestione, o se vogliamo congettura, parrebbe essere il risultato, o l'espressione principale, di discussioni maturate in un contesto o *milieu* di sostenitori della stessa posizione contraria a Calvino, composto anche da giuristi. Non è forse un caso che nel *Contra libellum Calvini* sia citato proprio il giureconsulto padovano Matteo Gribaldi Mofa, maestro di Basilio Amerbach, autore di una *Apologia pro Serveto*, che, come ricorda Castellion, fu il primo a contestare apertamente e a chiedere a Calvino un incontro pubblico mentre Michele Serveto era ancora imprigionato[29]. I rapporti

[26] Cfr. Maria d'Arienzo, *La non punibilità degli eretici nella polemica tra Castellion, Calvino e Beza*, nel vol. Franco Giacone (ed.), *Calvin insolite*, cit., p. 390.

[27] *De hæreticis a civili magistratu non puniendis*, cit., p. 41: «Neque illorum famam (ut tu nos accusas) violavimus, dum eorum testimonia bona fide citavimus»; p. 43: «Simili calumnia […] Anabaptistas criminatus es»; p. 43: «[…] conscii estis quam sint apud magistratus vestros gratiosæ vestræ artes et calumniæ»; p. 62: «[…] calumniæ sunt […] cum detracta parte orationis alterius eius sententiam contra ipsius mentem interpretantur»; p. 105: «[…] si quis forte per calumniam aut errorem iniuste interfectus est […]»; p. 26: «[…] falsus testis esses, qui incognita pro cognitis asseveres»; p. 81: «Cedo quanam tu poena punitus es, qui istis ipsis de maledicentia verbis maledicentiæ crimen commisisti […]»; 149: «homicidæ, adulteri, falsi testes et cæteri, in hos lata lex est et eorum causa necessarius est magistratus […].

[28] *Contra libellum Calvini*, p. B IV v, Risposta di *Vaticanus* a *Calvinus* 22.

[29] *Contra libellum Calvini*, p. A V v°- A VI r., replica di *Vaticanus* a *Calvinus* 8. Su Gribaldi Mofa, cfr. Francesco Ruffini, *Il giureconsulto chierese Matteo Gribaldi Mofa e Calvino*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, I, 1928, pp. 205-269 e 417-432; *Id., Matteo Gribaldi Mofa, Antonio Govea e lo Studio generale di Mondovì*, in *Studi pubblicati dalla R. Università di Torino nel IV centenario della nascita di Emanuele Filiberto*, Stab. Tip. Villarboito, Torino, 1928, pp. 277-296. I due articoli sono ora pubblicati in Id*., Studi sui Riformatori Italiani*, a cura di Arnaldo Bertola, Luigi Firpo, Edoardo Ruffini, Ramella, Torino, 1955, pp. 45-126 e 129-163; Delio Cantimori, *Eretici italiani del Cinquecento*, a cura di Adriano Prosperi, Torino, Einaudi, 1992, *passim,* ma specialmente pp. 206-213; Antonio Rotondò, *Studi e ricerche di storia ereticale italiana del Cinquecento*, Giappichelli, Torino, 1974, *passim*; Diego Quaglioni, *Tra bartolisti e antibartolisti. L'Umanesimo giuridico e la tradizione italiana nella Methodus di Matteo Gribaldi Mofa (1541)*, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di Filippo Liotta, Bologna, Monduzzi, 1999, pp. 185-212; Id*., Gribaldi*

tra i fautori di una riforma radicale, o meglio libertini ed accademici come li definisce Calvino, rappresentati soprattutto da italiani e francesi appaiono documentati in molti studi, già a partire da Delio Cantimori, Antonio Rotondò, Adriano Prosperi, Uwe Plath, Rudolph Guggisberg, senza parlare degli studi più risalenti sui Riformatori italiani di Francesco Ruffini e di Cesare Cantù.

Tuttavia, seguendo una linea di ricerca suggerita soprattutto da Olivier Millet in alcuni dei sui ultimi lavori[30], sembrerebbe percorribile come pista d'indagine anche l'ipotesi che alla redazione dell'opera di Castellion abbia collaborato, seppure indirettamente, un gruppo di intellettuali o, se vogliamo, un *atelier* di idee e supporti argomentativi.

Il ritrovamento di un esemplare della *Déclaration de vray foi* di Calvino alla Mediateca protestante di Strasburgo, con annotazioni manoscritte quasi contemporanee alla sua pubblicazione, dalle quali è stato possibile dedurre che l'annotatore anonimo, la cui grafia non corrisponde a quella di Sèbastien Castellion, conoscesse il *Contra libellum Calvini* dell'umanista savoiardo, indica, come afferma Olivier Millet: «*une proximité d'idées et peut-être de collaboration de l'annotateur anonyme […] avec l'humaniste apôtre de la tolérance*»[31]. Indubbiamente tali annotazioni costituiscono, come afferma sempre Olivier Millet, una delle rare tracce dirette, oggettive e argomentate che ci sono pervenute da parte degli avversari di Calvino relativamente al caso Serveto, in quanto le altre sono o testimonianze indirette o *pamphlet* letterari[32].

In realtà, ciò che sembra profilare lo studioso francese è proprio la partecipazione e il sostegno diretto di collaboratori, allievi o amici nella redazione della opera polemica di Castellion contro Calvino nel caso Serveto, la cui documentazione tuttavia resta affidata a nuove, e si spera fortunate e fruttuose, ricerche a venire.

Sarebbe senz'altro di grande interesse anche per gli storici del diritto e specialmente del diritto penale riuscire a ricostruire i rapporti, ma soprattutto gli influssi reciproci tra il sapere giuridico e le argomentazioni maturate nel contesto teologico dei riformati eterodossi, al fine di una analisi più precisa dell'influenza delle idee religiose sull'evoluzione del diritto.

Moffa Matteo, in «*Dizionario biografico degli Italiani*», LIX, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 2002, pp. 345-349; ID., *'Iis* qui vix locum tutum inveniunt'. *Giuristi, riformatori religiosi, fuorusciti. Matteo Gribaldi Mofa († 1564)*, in *La République en exil* (*XV^{eme} e XVI ^{eme} siècles)*, a cura di PAOLO CARTA, LUCIE DE LOS SANTOS, *Laboratoire italien*, ENS, Fontanay Saint-Cloud, 3, 2002, pp. 85-103.

[30] OLIVIER MILLET, *Castellioniana. Les annotations manuscrites figurant sur un exemplaire conservé à Strasbourg du Contra libellum Calvini de Castellion,* nel vol. MARIE CHRISTINE GOMEZ-GÉRAUD (ed.), *Sébastien Castellion: des Écritures à l'écriture*, cit., pp. 79-96.

[31] *Ivi*, p. 81 ss.

[32] *Ivi*, p. 80.

Diritti culturali e libertà religiosa

Maria d' Arienzo

1. Premessa

La pluralità di letture e di metodologie di indagine sulle questioni emergenti dalla multiculturalità e dalla multireligiosità, che costituiscono indubbiamente sfide con cui il diritto è chiamato a confrontarsi, induce ad una lettura dialogica tra la metodologia di analisi e riflessione che caratterizza lo specifico armamentario culturale e giuridico di un ecclesiasticista e quella che connota l'approccio da parte dei cultori di discipline differenti, quali il diritto costituzionale e il diritto pubblico comparato[1].

In un certo senso, il percorso di lettura e di riflessione offerto da tale incontro consente un confronto non soltanto sulle problematiche giuridiche della multiculturalità, ma soprattutto sulle specifiche prospettive che contraddistinguono lo studio del rapporto tra diritto e cultura di matrice religiosa nei diversi ambiti disciplinari.

La scelta di tre interessanti volumi[2] che costituiscono lo spunto di riflessione in un certo senso indica, forse non involontariamente, un percorso di analisi incentrato sulla dialettica tra tutela dei diritti e potere, sottesa alla regolamentazione giuridica della multiculturalità. In senso più esteso, il rapporto tra diritto e multiculturalità appare trasposto nell'articolazione dinamica tra tutela della specifica identità e appartenenza.

In altri termini, la chiave di lettura unitaria che è sembrato di riuscire ad evidenziare dai tre volumi appare costituita dal rapporto tra diritto e

---

[1] Il contributo, che rielabora, con l'aggiunta delle note, il testo della relazione tenuta il 29 novembre 2013 , nell'ambito del Convegno dal titolo *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università "Federico II" di Napoli, è destinato al volume in corso di stampa, per i tipi dell'Editoriale scientifica, nella collana Marcopolo diretta da Salvatore Prisco che si ringrazia per la disponibilità alla pubblicazione anticipata del testo.

[2] Vedere *infra* note 3, 4, 5.

religioni, o meglio, culture di matrice religiosa. Del resto, le problematiche giuridiche derivanti dalla multiculturalità per un ecclesiasticista si declinano sul piano della multireligiosità, ossia della regolamentazione del pluralismo di valori, prima ancora che di un pluralismo normativo. Di conseguenza, il *focus* è stato incentrato sui limiti posti all'espressione del diritto all'identità specifica rispetto ad un ordinamento giuridico e soprattutto all'ordine valoriale che esso esprime.

I tre volumi affrontano, difatti, da angolazioni prospettiche apparentemente diversificate tale tematica: i limiti alla libertà di espressione della propria identità nel rapporto dialettico con la comunità di appartenenza, quello di Elettra Stradella (*La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti:tra teorie e «prassi»*[3]); la tutela dei soggetti vulnerabili nel rapporto tra maggioranza e minoranza, quello di Elisa Olivito (*Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*[4]); il rapporto tra diritto e cultura affrontato sul piano giurisprudenziale soprattutto in chiave comparatistica, quello di Ilenia Ruggiu (*Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti muticulturali*[5]).

2. *Libertà di espressione politico-simbolica e identità religiose*

Indubbiamente, i volumi di Elettra Stradella e di Elisa Olivito, in qualche modo appaiono riflettere un approccio metodologico non dissimile nell'affrontare il rapporto tra libertà individuale e potere di omologazione ai principî e ai valori su cui si struttura l'ordinamento politico e sociale, fondato sulla loro necessaria condivisione.

L'espressione politico-simbolica, e soprattutto i limiti alla sua libertà, è l'angolazione dalla quale Elettra Stradella analizza il rapporto tra diritti e doveri, entro il quale si sviluppa la concreta tutela del pluralismo ideologico. L'utilizzo del termine «espressione», quale specificità della libertà costituzionale di manifestazione del pensiero politico, individua il campo di indagine relativo, soprattutto, all'uso dei simboli quali rappresentazioni di una precisa interpretazione dei principî nei quali riconoscersi nei confronti della comu-

[3] Elettra Stradella, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti tra teorie e «prassi»*, Giappichelli, Torino, 2008.

[4] Elisa Olivito, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, Aracne, Roma, 2006.

[5] Ilenia Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, Milano, 2012.

nità politica. Il simbolo, in altri termini, sintetizza l'appartenenza ideologica che specifica l'identità di chi vi si riconosce. Oltre che manifestazione del pensiero individuale, l'uso del simbolo può rappresentare anche l'espressione di un'appartenenza ad un pensiero comune, e come tale condiviso, all'interno di un determinato gruppo sociale che realizza la propria forma comunicativa non soltanto quale modalità di esternazione del pensiero alternativa a quella verbale o scritta, ma soprattutto quale «progetto di azione», proprio in virtù del suo contenuto propositivo e del suo intrinseco e più o meno esplicito valore programmatico. Se questa è la funzione che appare assurgere dall'utilizzo del simbolo «in senso stretto», le categorie dell'espressione politico-simbolica sono analizzate dalla Stradella nelle loro complesse sfaccettature, sino a individuarne il valore «meta-simbolico», in cui il contenuto dell'espressione rimanda a un intento programmatico non corrispondente alla pura modalità espressiva, come nel caso dell'esibizione di croci uncinate che, richiamando l'esaltazione del nazismo, può costituire una manifestazione di odio razziale, o nel caso di condotte espressive di istigazione o di apologia di reato.

Proprio attraverso la simbologia dell'espressione nel campo «politico» e i limiti giuridici al relativo diritto di libertà di manifestazione del pensiero, l'Autrice indaga, attraverso un'analisi anche della prassi giurisprudenziale in chiave comparatistica, sull'effettivo grado di «apertura» degli ordinamenti al pluralismo ideologico. Il rapporto tra tutela della specificità e condivisione partecipativa al sistema democratico ordinamentale è incentrato sull'analisi della legittimità dei limiti posti dall'ordinamento all'espressione della libertà dell'individuo, anche se contrastante o addirittura sovversiva dell'ordine costituito e del sistema di principî difeso dal potere politico.

La preminenza data alla libertà di manifestazione del pensiero rispetto agli altri diritti fondamentali nella realizzazione concreta dell'identità specifica costituisce il fulcro intorno al quale si sviluppano le argomentazioni, finalizzate all'individuazione del presupposto fondamentale per l'esercizio della sovranità popolare e democratica nella laicità, intesa non come neutralità del potere politico e dello spazio pubblico, ma come metodo dialogico-istituzionale di promozione del pluralismo[6] e tutela della coscienza

---

[6] Cfr. Mario Tedeschi (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 1996; Salvatore Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Giappichelli, Torino, II ed., 2009; Id., *Costituzione, diritti umani, forma di governo. Frammenti di un itinerario di studio tra Storia e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 121 ss.; Giancarlo Rolla, *Libertà religiosa e laicità. Profili di diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 2009; si vedano anche i contributi contenuti nel vol. Emanuela Ceccherini (a cura di), *Pluralismo religioso e libertà di coscienza*, Giuffré, Milano, 2012; Paolo Stefanì, *Il problema giuridico della laicità dello Stato nella società multiculturale*, Aracne, Roma, 2013.

identitaria in campo politico. In altri termini, la libertà di coscienza considerata quale «declinazione della libertà di espressione» consente alla Stradella di inquadrare le forme espressive del dissenso ideologico e i limiti imposti dall'auto-conservazione del potere democratico nell'ambito delle forme di obiezione di coscienza e del diritto di resistenza[7].

Tale crinale di lettura, tuttavia, comporta come corollario l'attrazione dell'espressione simbolica nella sua complessità, comprensiva anche delle sue eventuali connotazioni religiose, nell'ambito della tutela del diritto di libertà di manifestare il proprio pensiero.

È pur vero, d'altronde, che per un ecclesiasticista l'uso dei simboli e la sua regolamentazione giuridica richiamano immediatamente la differenziazione del simbolo religioso rispetto sia ad altre forme di espressione simbolica – come quelle sociali, politiche, delle scienze esatte – sia alla funzione che lo stesso può assumere nella costruzione di un legame sociale intersoggettivo e identitario, assumendo la connotazione di trascendenza immanente o pragmatica[8] e la valenza di prodotto culturale[9]. In quest'ultimo caso, la natura religiosa del simbolo è considerata nella sua funzione di identificazione di un'appartenenza, ma anche di differenziazione, e dunque quale espressione di un sistema di relazioni sociali, o di comunicazione tra soggetti, il cui significante è individuato nell'insieme di valori specifici e distintivi di una tradizione culturale rispetto alle altre.

La preminenza assiologica data al simbolo religioso quale forma di comunicazione intersoggettiva e di appartenenza ad una specifica tradizione confessionale trasforma la funzione «spirituale» del simbolo quale strumento di mediazione con la dimensione del sacro, evidenziato anche dai numerosi studî di antropologia religiosa[10], in una funzione di identità culturale e sociale. Tuttavia, la natura «religiosa» del simbolo, e dunque la sua peculiare funzione rispetto ad altre forme di rappresentazione simbolica, è essenzialmente quello di costituire per l'*homo religiosus* un legame tra il sensibile e il trascendente, ascrivibile ad un sistema di relazioni non solo intersoggettivo, ma di comunicazione con una realtà sovraordinata e spiri-

---

7 Elettra Stradella, *op. cit*., p. 172 ss.

8 Giampaolo Azzoni, *La duplice trascendenza del simbolo*, nel vol. Edoardo Dieni, Alessandro Ferrari, Vincenzo Pacillo, *Symbolon/diabolon. Simboli, Religioni, Diritti nell'Europa multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 27-36, ma specialmente p. 34 ss. Sulla pragmatica simbolica, cfr. Carlo Sini, *Il simbolo e l'uomo*, Egea, Milano, 1991, p. 171 ss.

9 Cfr. Jean Borella, *La crise du symbolisme religieux*, L'Harmattan, Paris, 2008.

10 Sulle diverse prospettive riguardo all'interpretazione dei simboli e del simbolismo religioso, cfr. Brian Morris, *Anthropological studies of religion. An introductory text*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 1987.

tuale. Il simbolismo religioso è il linguaggio della scienza sacra attraverso cui il credente realizza la propria «esperienza religiosa»[11]. Non un segno meramente distintivo di appartenenza, ma dotato di un contenuto «attivo» di collegamento, e dunque comunicazione, all'interno di una dimensione spirituale, con il mondo sovrasensibile e i valori di cui il credente è portatore nella sua dimensione sociale. In tale prospettiva, pertanto, anche espressione di una specifica identità religiosa e culturale che sul piano giuridico, tuttavia, si declina quale diritto di libertà di «espressione», o meglio, di «professione» della propria fede religiosa, all'interno dunque della tutela costituzionale, per restare nell'ambito dell'ordinamento italiano, dell'art. 19 e non dell'art. 21, ossia del diritto di libertà religiosa e non di manifestazione del pensiero.

In realtà, l'attrazione del simbolo religioso nelle forme di libertà di espressione[12] è consequenziale alla tesi di fondo relativa alla portata generale della disciplina della libertà di manifestazione del pensiero[13], di cui quella in materia religiosa è una specificazione. La libertà di manifestazione del pensiero costituirebbe, come afferma l'Autrice, «una delle possibili modalità attraverso le quali la libertà di coscienza è in grado di svilupparsi»[14].

La regolamentazione del rapporto antinomico tra fedeltà e doverosità costituzionale, analizzato dall'Autrice quale paradigma del rapporto tra metodi di auto-conservazione del potere e libertà dell'individuo, inevitabilmente acquista particolare rilevanza per un ecclesiasticista, costituendo il prisma

---

[11] James Alfred Martin, *Religious Experience*, in Mircea Eliade, *Encyclopedia of Religion*, MacMillan, New York, 1987, 12, pp. 323-330; Michel Delahoutre, *Expérience religieuse*, in Paul Poupard (dir.), *Dictionnaire des religions*, PUF, Paris, 1993, pp. 663-666 (ed. it. Mondadori, Milano, 2007, pp. 724-727); Julien Ries, *Symbole, Mythe et Rite. Constantes du sacré*, Cerf, Paris, 2012, p. 10 ss; Id., *Symbolisme et expérience religieuse de la lumière dans les grandes religions*, Brepols, Turnhour, 2002.

[12] Relativamente al rapporto tra libertà religiosa e libertà di espressione, cfr. Carmela Salazar, *Le "relazioni pericolose" tra libertà di espressione e libertà di religione: riflessioni alla luce del principio di laicità*, in www.statoechiese.it. Rivista telematica. Con riferimento alla giurisprudenza inglese e statunitense, cfr. Cristiana Cianitto, *La gestione dei conflitti tra libertà di religione e libertà di espressione: il caso britannico*; Giuseppe D'Angelo, *I simboli c.d. passivi nello spazio pubblico tra tutela delle libertà (di coscienza, di espressione religiosa) e principi di non identificazione e separazione degli ordini: spunti di comparazione (ed in una prospettiva* de iure*) dalla più recente giurisprudenza statunitense*, entrambi pubblicati nel vol. Nicola Fiorita, Donatella Loprieno, *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multicultural*i, Firenze University Press, Firenze, 2009 rispettivamente, pp. 141-149 e pp. 151-173. Cfr., da ultimo, il recente volume curato da Marco Parisi, *Per una disciplina democratica delle libertà di pensiero e di religione. Metodi e contenut*i, AGR editrice, Inzago (Mi), 2014.

[13] Alessandro Pizzorusso, *Istituzioni di diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1997, p. 249 ss.; Id., *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 2003, p. 651 ss.

[14] Elettra Stradella, *op. cit.*, p. 191 in nota.

attraverso il quale leggere l'effettiva tutela del pluralismo dei valori.

Tale prospettiva di indagine appare riproporre la dinamica che è alla base dell'affermazione dei diritti di libertà di pensiero in materia religiosa e la laicizzazione dei principî posti a fondamento della sovranità politica, nonché dei criterî di legittimazione del potere. La libertà di interpretazione del testo sacro, rivendicata come diritto di libertà di pensiero e conseguentemente di fede religiosa, o di coscienza, soprattutto rispetto al potere delle autorità religiose della comunità di appartenenza[15] è alla radice del processo di affermazione dell'autodeterminazione dell'individuo nei confronti di un sistema di valori dato[16]. Del resto, il rimando seppur «desacralizzato», o meglio «laicizzato», alla dimensione del sacro riecheggia anche nel lessico della Carta costituzionale italiana, nel riferimento al «sacro dovere di difendere la Patria» sancito nell'art. 52 della Costituzione[17].

L'aggettivo «sacro» che qualifica tale dovere costituzionale rimanda alla tematica dell'intangibilità dei valori che costituiscono l'essenza «spirituale» della relazione di obbligazione politica tra governanti e governati e, nel contempo, sintetizza il carattere di impegno solenne, non solo nella difesa, ma anche nel perseguimento degli interessi dell'ordinamento – basti pensare al dovere di fedeltà alla Repubblica (art. 54 Cost.), al dovere per ogni cittadino di concorrere al progresso materiale e spirituale della società (art. 4 Cost.), ai doveri inderogabili di solidarietà politica, sociale ed economica (art. 2 Cost) – che contraddistinguono l'appartenenza soggettiva alla comunità[18].

L'interpretazione dei valori a cui uniformarsi costituisce la radice dell'affermazione della coscienza identitaria rispetto alle dinamiche di protezionismo del sistema sociale – sia esso religioso o politico – rivendicato quale diritto di libertà. Ed è appunto il rapporto tra la fedeltà alle proprie scelte di

---

[15] Sia permesso rinviare a Maria d'Arienzo, *La libertà di coscienza nel pensiero di Sébastien Castellion*, Giappichelli, Torino, 2008, p. XIII.

[16] Elettra Stradella, *op. cit.*, p. 189.

[17] Sul concetto di patria nell'Italia repubblicana, cfr. Pierluigi Consorti, Francesco Dal Canto, *La difesa della patria. Con e senza armi*, Franco Angeli, Milano, 2010.

[18] Sui doveri costituzionali cfr. gli studi ancora attuali di Giorgio Maria Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1967; Carlo Carbone, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1968. Cfr., inoltre, Luigi Ventura, *La fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 16 e 18; Salvatore Prisco, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato "laico"*, Jovene, Napoli, 1986; Gian Piero Calabrò, Paola Helzel, *Il sistema dei diritti e dei doveri*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 123-132. Sul dovere di fedeltà negli ordinamenti confessionali, cfr. Cesare Mirabelli, *L'appartenenza confessionale*, Cedam, Padova, 1975, p. 343 ss. In senso più generale, sulla responsabilità come dovere assunto nei confronti della comunità, mi sia consentito rinviare a Maria d'Arienzo, *Il concetto giuridico di responsabilità. Rilevanza e funzione nel diritto canonico*, Pellegrini, Cosenza, 2012, in particolare p. 14 ss. e 120 ss.

valore e la doverosità costituzionale al rispetto dei principî ordinamentali la prospettiva adottata dall'Autrice nell'analisi della dinamica tra la protezione della consapevole autodeterminazione individuale, sul piano assiologico, e il modello di auto-conservazione dell'ordinamento. La dinamica tra diritti e doveri in cui si articola giuridicamente il rapporto tra libertà del dissenso e difesa dei valori che costituiscono il collante della comunità politica di appartenenza è analizzata dalla Stradella nella prospettiva di verifica del grado di dinamicità democratica tra il potere omologante della maggioranza e le istanze minoritarie, tema affrontato più specificamente, e in prospettiva parzialmente diversa, nel volume della Olivito.

3. Identità multiculturali tra gruppo di appartenenza e opzioni individuali

La dialettica tra maggioranza e tutela delle minoranze costituisce il fulcro della riflessione di Elisa Olivito sul riconoscimento dei diritti, e dunque delle libertà, dei soggetti con minore forza contrattuale rispetto a chi ha maggiore capacità di difesa delle proprie posizioni giuridiche. Il concetto di minoranza è, pertanto, declinato non in termini numerici, ma in termini relazionali[19]. La differenziazione tra poteri forti e poteri deboli si esprime nelle istanze rivendicatrici della specificità all'interno della stessa comunità culturale di appartenenza. La scelta ponderata dell'attributo «vulnerabile», in tal senso, appare ben evidenziare la concezione del diritto quale espressione dei rapporti di forza che si determinano nei gruppi sociali, ossia come interpretazione dei principî giuridici da parte della cultura dominante rispetto alle istanze di protezione da parte di chi ha minore voce. La dinamica sottesa all'affermazione dei diritti è sviluppata non soltanto nella prospettiva *intercomunitaria*, come asimmetria nei rapporti tra gruppi, ma soprattutto sotto il profilo *intra-comunitario*, ossia come analisi della diseguaglianza nell'esercizio dei diritti di libertà all'interno della stessa comunità di appartenenza. Se il concetto di «minoranza» sul piano intercomunitario esprime a livello pubblicistico una istanza di eguaglianza sostanziale delle pluralità di appartenenze, la «vulnerabilità» rappresenta la posizione di debolezza soggettiva, o meglio «minoritaria», che sul piano fattuale può determinarsi anche all'interno dei cosiddetti gruppi di minoranza, soprattutto rispetto alle donne o ai minori. È la percezione soggettiva della propria identità dissimile rispetto al

[19] Sul principio di maggioranza cfr. EDOARDO RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Adelphi, Milano 1976 [altra ed. ha per titolo *La ragione dei più*, Il Mulino, Bologna, 1977; ed. or. 1927]; FRANCESCO GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Il Mulino, Bologna, 2007.

gruppo o comunità di appartenenza a connotare il concetto di vulnerabilità in quanto posizione minoritaria rispetto agli interessi di conservazione e di trasmissione culturale da parte delle *élites* predominanti. La difesa e la tutela della specifica identità culturale rischia, talvolta, di lasciare in ombra la dinamicità interna alle comunità stesse, e di comprimere le istanze di libera autodeterminazione di chi non si identifica con il gruppo dominante nella comunità di appartenenza. In altri termini, l'ampliamento del *focus* d'indagine proposto dalla Olivito in rapporto alla concreta efficacia delle politiche muticulturali appare articolato intorno al rapporto tra eguaglianza e libertà.

La prospettiva considerata dall'Autrice focalizza l'attenzione sulla tutela dei diritti di libertà, o del diritto alla differenza, che appaiono paradossalmente compressi proprio dalla tutela dei diritti collettivi, tra cui sono compresi i cosiddetti *diritti culturali*.

Si potrebbe affermare, in altri termini, che la dinamica tra diritti culturali e autodeterminazione dei singoli ripropone su un piano apparentemente differente la dialettica tra la rivendicazione della libertà delle confessioni religiose e l'affermazione del diritto soggettivo di libertà religiosa, che è l'angolazione privilegiata dell'ecclesiaticista nell'analisi del rapporto tra politica, diritto e religione[20].

Già a partire da Francesco Ruffini, la storia dell'idea di libertà religiosa appare segnare il superamento del concetto gius-politico di tolleranza, così come affermatosi in seguito alle guerre di religione nel XVI secolo, per garantire la pacifica convivenza di più religioni sullo stesso territorio. La tutela della libertà religiosa dell'individuo, anche rispetto alla comunità di appartenenza dalla quale si può essere coartati, costituisce uno dei contributi più rilevanti della riflessione ruffiniana alla tutela della identità specifica di ciascuno, e dunque della sua libertà, rispetto al potere politico[21].

D'altro canto, l'approfondimento delle dinamiche storiche con cui si

---

[20] Sull'oggetto e il contenuto del diritto di libertà religiosa, cfr. l'ancora attuale studio di GAETANO CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 1957, ora nella ristampa, Cacucci, Bari, 2007; MARIO TEDESCHI, *Per uno studio del diritto di libertà religiosa*, in *Vecchi e nuovi saggi di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 135 ss.; ID., *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 117 ss.; SERGIO FERLITO, *Diritto soggettivo e libertà religiosa. Riflessioni per uno studio storico e concettuale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2003; MARIO RICCA, *Art. 19*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di RAFFAELE BIFULCO, ALFONSO CELOTTO, MARCO OLIVETTI, vol. I, Utet, Torino, 2006, p. 433 ss.

[21] FRANCESCO RUFFINI, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, con Introduzione di ARTURO CARLO JEMOLO (I ed. Torino, 1901), Feltrinelli, Milano, 1992, p. 11; ID., *Libertà religiosa e separazione tra Stato e Chiesa*, in *Scritti giuridici dedicati a G. P. Chironi*, Torino, 1913, III, pp. 239-274, rist. nel vol. MARIO FALCO, ARTURO CARLO JEMOLO, EDOARDO RUFFINI (a cura di), *Scritti giuridici minori*, Giuffrè, Milano, 1936, p. 101 ss.

sono affermati i diritti di libertà, e *in primis* di libertà religiosa, ha evidenziato che è soprattutto all'interno delle controversie teologiche del XVI secolo che la libertà di pensiero e di coscienza è rivendicata con forza, specialmente nei confronti dell'autorità religiosa. E sono soprattutto quelle correnti di pensiero che si sviluppano in seno alle Chiese nate dalla Riforma protestante, considerate marginali – o meglio minoritarie – perché perdenti rispetto al potere religioso, a costituire le radici dell'affermazione del principio di autonomia dell'individuo e dei diritti di libertà, così come sanciti nelle Carte costituzionali e internazionali occidentali.

Rispetto all'uniformità di fede e all'ortodossia imposta anche con la forza del potere politico dall'autorità religiosa, quale difesa dell'unità delle Chiese nate in seguito alla frattura della *societas christiana*, è la libertà di interpretazione del testo sacro, o meglio la legittimità del dubbio sulle verità non necessarie alla salvezza, a costituire la rivendicazione dell'autonomia della coscienza individuale. La legittimità del dissenso e la tolleranza di chi, esprimendo un pensiero differente in materia religiosa rispetto alle *élites* dominanti della propria comunità religiosa di appartenenza, è considerato eretico e punito con la pena capitale rappresenta il fulcro della cosiddetta «lotta per la libertà religiosa», ovvero dell'affermazione della libertà di fede e di pensiero rispetto all'intolleranza del potere politico-religioso[22]. La libertà di uniformare i propri comportamenti ai convincimenti interiori e di professare la propria fede religiosa senza condizionamenti e coercizioni esterne costituisce la matrice dell'affermazione di un nuovo sistema di rapporti tra politica e religione, fondato sulla regolamentazione giuridica tra le due forme di appartenenza dei *cives-fideles*: alla comunità confessionale e alla comunità politica.

La tutela della sovranità territoriale e dell'unità della comunità politica, lacerata dalla difesa delle diverse ortodossie di fede, si affermano attraverso la legittimazione di più religioni sullo stesso territorio[23]. Sebbene il concetto politico di tolleranza quale *instrumentum regni*, così come affermatosi in Francia nel XVI secolo, non costituisca un pieno riconoscimento del pluralismo religioso, in quanto erano legittimate nel territorio francese soltanto la religione cattolica e quella ugonotta, ciò nondimeno esso può essere considerato la prima tappa di quel processo di «laicizzazione» della politica che si concretizzerà successivamente nel principio di laicità quale garanzia e tutela della libertà religiosa, del pluralismo e della specifica identità di ciascuno.

---

[22] Roland Bainton, *La lotta per la libertà religiosa*, Il Mulino, Bologna, 1963.

[23] Thierry Wanegffelen (dir.), *De Michel de l'Hospital à l'Édit de Nantes. Politique et religion face aux Églises*, Presses Universitaires Blaise Pascal, Clermont Ferrand, 2002.

È difatti la libertà di coscienza il fine e il fondamento della tolleranza quale strumento di governo da contrapporre, pertanto, all'intolleranza delle Chiese e all'esclusivismo inteso come «esclusiva» interpretazione della volontà divina e conseguente «esclusione» di chi, ponendosi in dissenso, viene accusato di eresia. La libertà della sfera spirituale e della coscienza individuale, quale libertà di uniformare i propri comportamenti ai convincimenti interiori e di professare la propria fede indipendentemente da qualsiasi condizionamento esterno, costituisce il limite alla giurisdizione e al potere coercitivo di qualsiasi autorità umana, sia religiosa che politica.

La separazione del potere politico rispetto a quello religioso si attua attraverso la distinzione tra lo spazio pubblico, rappresentativo dei valori comuni a tutti i cittadini, e l'ambito privato nel quale si esplicano tutte le opzioni di coscienza o valori di appartenenza anche religiosa.

Tuttavia, proprio le radici storico-politiche che hanno contrassegnato l'affermazione della laicità quale tutela della specifica identità e autodeterminazione di ciascun individuo evidenziano la giustapposizione di due profili del diritto di libertà in materia religiosa distinti anche se contemporanei che hanno connotato le dinamiche tra autorità e libertà nel processo di costruzione dello Stato moderno: quello della libertà di fede, rivendicato dagli individui nei confronti soprattutto delle confessioni religiose di appartenenza; e quello della libertà confessionale, rivendicata dalle Chiese o confessioni religiose nei confronti del potere politico. Sotto questo profilo, il concetto gius-politico di laicità riflette e conserva le due istanze sottese alla concettualizzazione storico-giuridica del diritto di libertà in materia religiosa quale oggetto di tutela: da un lato, il riconoscimento e la valorizzazione della diversità di fede, costituendo la laicità uno strumento di metodo contro l'intolleranza – *in primis* del potere religioso, o delle ortodossie delle confessioni istituzionalizzate – in quanto tutela della libertà dei dissidenti anche rispetto alle comunità religiose di appartenenza, e per estensione, contro ogni forma di discriminazione; dall'altro, la garanzia della libertà delle diverse professioni di fede, in quanto promozione della dimensione collettiva – oltre che individuale – del diritto, ossia della libertà confessionale, intesa come diritto collettivo, la cui titolarità è in primo luogo attribuita alla confessione di appartenenza.

Ed è appunto tale crinale di lettura che appare contraddistinguere l'analisi delle politiche multiculturali nel volume della Olivito. La tutela delle identità culturali specifiche appare riproporre rispetto alla diversità culturale la stessa dinamica che, soprattutto a partire dal XVI secolo, ha segnato il processo di affermazione del pluralismo religioso. Il riconoscimento delle differenze culturali, che spesso sono soprattutto di matrice religiosa, è rivendicato non

nella dimensione meramente individuale, bensì in quanto queste appaiono definite dall'appartenenza a gruppi etnici e sociali con tradizioni, valori, pratiche e strutture normative differenti rispetto alla cultura dominante. Se la dimensione individuale della specifica identità appare essere garantita dalla tutela del pluralismo e dal principio di non discriminazione, determinata dalla neutralità della sfera pubblica rispetto alle molteplici opzioni di valori, sono invece le istanze di libertà, o meglio il diritto alla diversità, rivendicate dai gruppi o comunità di appartenenza, a costituire le nuove sfide poste dalla multiculturalità al diritto e alla società occidentale. Sono le identità collettive, quali portatrici di valori culturali allogeni rispetto a quelli occidentali che evidenziano che non è il principio di eguaglianza, ma anzi il diritto alla differenza ad essere l'istanza principale di riconoscimento pubblico.

Del resto, il diritto alla diversità e il riconoscimento delle specifiche identità collettive è già previsto proprio dalla Carta costituzionale italiana all'art. 8, riguardante l'eguale libertà delle confessioni religiose, il loro diritto di organizzarsi secondo propri statuti e la possibilità di stipulare intese con lo Stato al fine della loro regolamentazione giuridica. Tuttavia, proprio la tardiva e non piena attuazione dell'art. 8, terzo comma, della Costituzione mette in evidenza le difficoltà al pieno accoglimento di una politica di stampo, più che pluralista, multiculturale, soprattutto rispetto a tradizioni giuridiche, valori e pratiche completamente differenti rispetto alla cultura giuridica occidentale.

Si potrebbe, in un certo senso, affermare che la dinamica di riconoscimento di ciò che appartiene a tradizioni culturali e giuridiche diverse riproponga, per la comunità politica occidentale, la dialettica tra ortodossia ed eresia che ha contraddistinto la difesa dell'unità delle comunità religiose.

La pluralità delle opzioni di valore dei singoli trova il suo collante nella condivisione di valori incarnati nella cittadinanza, strutturanti gli ordinamenti giuridico-politici e costitutivi dei principî di ordine pubblico, quale limite di inclusione/esclusione[24]. Principî che per loro natura sono relativi e non assoluti, in quanto frutto dell'esperienza giuridica in continua evoluzione, ma che costituiscono il limite, o il discrimine di inclusione/esclusione rispetto alle rivendicazione di nuovi diritti provenienti da culture, spesso di matrice religiosa, differenti rispetto alla cultura occidentale dominante, o a nuove istanze di riconoscimento di identità collettive anche di genere. Basti pensare alle istanze di riconoscimento delle unioni matrimoniali omosessuali, rispetto alle quali si oppone la concezione della necessaria eterosessualità

[24] Cfr. Pierangela Floris, *Autonomia confessionale. Principi-limite fondamentali e ordine pubblico*, Jovene, Napoli, 1992.

dei coniugi quale presupposto imprescindibile dell’istituto. È pur vero che un eventuale, e alla lunga forse probabile, riconoscimento del diritto matrimoniale degli omosessuali, in ottemperanza al principio di eguaglianza e non discriminazione per ragioni di sesso o di genere nel godimento dei diritti, spianerebbe la strada ad un concetto di famiglia non solo più ampio, ma indubbiamente differente rispetto a quello fondato sull’istituto giuridico del matrimonio, così come previsto dall’art. 29 della Costituzione italiana, che riflette il bagaglio culturale di matrice cristiana di cui la cultura giuridica occidentale è intrisa. Il superamento della diversità di genere nel rapporto di *coniugio*, e dunque della concezione di matrimonio tra persone di sesso diverso, porrebbe indubbiamente serî interrogativi rispetto al non riconoscimento delle unioni matrimoniali potenzialmente poligamiche, con le quali si dà vita, in ottemperanza ad una previsione di natura religiosa regolamentata dagli ordinamenti giuridici dei Paesi islamici, ad un rapporto familiare nella sua struttura non dissimile dalla concezione occidentale. Del resto, il ricongiungimento familiare del minore con la madre, anche se seconda moglie del padre che ha visto riconosciuto negli ordinamenti occidentali il primo matrimonio, comporta di fatto la ricostruzione nel Paese di accoglienza del legame familiare poligamico e comunque della famiglia allargata. Il riconoscimento dell’unione matrimoniale poligamica garantirebbe, almeno, alla donna lo *status* di moglie e il riconoscimento dei suoi diritti, in posizione di eguaglianza rispetto alla prima moglie.

In realtà, tali problematiche evidenziano il limite che caratterizza le politiche multiculturaliste in ambito almeno europeo, per le quali la diversità è promossa purché compatibile con i valori inclusivi e tendenzialmente omologanti della cultura dominante.

4. Religione e cultura. Prospettive antropologiche e giuridiche

Differente è invece l’approccio all’analisi delle politiche multiculturali nel volume di Ilenia Ruggiu. Con efficace stile narrativo, l’Autrice analizza, *in primis*, casi giuridici concreti nei quali l’argomentazione delle problematiche si articola in una vera e propria rappresentazione, quasi teatrale nello stile utilizzato, del rapporto tra diritto e cultura, o meglio tra giurisprudenza e riconoscimento di diritti culturali. Il metodo casistico serve all’Autrice per descrivere le diverse soluzioni del diritto giurisprudenziale rispetto ai conflitti multiculturali, evidenziando che è dalla dimensione concreta della controversia giurisprudenziale che è possibile ricostruire, attraverso un procedimento induttivo, un nuovo strumentario non solo concettuale, ma anche

operativo ai fini di una maggiore, e per l'Autrice, auspicabile standardizzazione della soluzione dei conflitti normativi rispetto a culture diverse. L'uso dell'argomento culturale nelle decisioni giurisprudenziali e il concetto stesso di cultura così come evidenziato nelle decisioni, analizzato nei primi due capitoli, consente all'Autrice di proporre quale strumento tecnico operativo la predisposizione di specifici «*test culturali*»: una forma di procedimentalizzazione o verifica di rispondenza a requisiti predeterminati dell'elemento culturale di una delle parti nel processo, affinché un giudice possa ritenerlo rilevante nella soluzione del caso concreto in deroga all'applicazione di una norma generale ed astratta.

Tuttavia l'analisi dell'uso del termine *cultura* nel diritto giurisprudenziale di diversi ordinamenti ha consentito ad Ilenia Ruggiu di evidenziare la trasformazione metodologica che anche nel diritto costituzionale l'esperienza giuridica multiculturale impone, attraverso il necessario utilizzo non soltanto del metodo casistico, ma anche di quello della comparazione, quale strumento interpretativo – e per alcuni anche prescrittivo – e dell'interdisciplinarietà.

Del resto, l'indicazione di un metodo interdisciplinare, o comunque di un'interazione tra diritto e saperi diversificati rispetto all'esperienza giuridica interpretata positivisticamente si evidenzia già nel titolo del volume, che icasticamente sintetizza, attraverso la figura del «giudice antropologo», le linee di ricerca relative all'insufficienza dell'autoreferenzialità del diritto per risolvere, nei casi concreti discussi nelle aule giudiziarie, le problematiche della multiculturalità.

Ed è appunto nel rapporto tra il giurista e l'antropologo, ossia la necessità di una prospettiva di apertura o di dialogo rispetto alla diversità nella formazione culturale dello studioso e non solo del concreto operatore giuridico, che è possibile cogliere la cifra comune con le metodologie di analisi che si sono sviluppate soprattutto, e probabilmente per ragioni intrinsecamente epistemologiche alla disciplina, innanzitutto nel campo ecclesiasticistico.

Se la necessità di avvalersi del confronto con saperi diversi da quelli strettamente giuridici era già stata evidenziata dalla dottrina ecclesiasticista più sensibile all'interpretazione del diritto come scienza umana e sociale proprio nell'analisi della regolamentazione giuridica del fattore religioso[25], negli studî sui gruppi sociali[26], sull'associazionismo spontaneo nell'ambito del

---

[25] Mario Tedeschi*, La scienza del diritto ecclesiastico e le altre scienze giuridiche*, nel vol. *Dottrine generali del diritto e diritto ecclesiastico*, Napoli, 1988, pp. 3-41.

[26] Mario Tedeschi, *Nuove religioni e confessioni religiose*, in *Saggi di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, p. 281 ss.; Id., *Gruppi sociali, confessioni e libertà religiosa*, in *Scritti di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1997, specialmente p. 6 ss.

diritto canonico[27] o sull'interazione del metodo tra scienze naturali e scienze umane[28], negli ultimi decenni tali impostazioni metodologiche si sono ampliate non soltanto alla chiave sociologica, ma specialmente, proprio in relazione alle problematiche multireligiose e dunque multiculturali, agli studî antropologici, il cui oggetto peculiare è proprio lo studio della cultura.

L'importanza dell'antropologia e della sua metodologia di analisi per il giurista è stata sottolineata nel 2005 già da Sergio Ferlito, nel volume dal titolo eloquente *Le religioni, il giurista e l'antropologo*[29]. In quest'opera viene specificato il contributo non solo teorico, ma soprattutto pratico che il diritto ecclesiastico, definito quale «settore dell'ordinamento giuridico che presiede alla formazione dei fatti sociali religiosamente connotati», può dare al dibattito giuspolitico sulla multiculturalità[30], proprio per la molteplicità di prospettive che connotano la sua natura di «scienza di mezzo»[31]. La centralità degli strumenti conoscitivi proprî dell'antropologia culturale e della sociologia delle religioni nello studio delle problematiche dal fattore religioso è indicata come indispensabile per comprendere le culture religiosamente connotate, ossia gli abiti mentali e le pratiche sociali derivanti dalle implicazioni normative proprie dei diritti religiosi.

La relazione tra diritto, religione e cultura è stata ulteriormente approfondita da Mario Ricca, che ha evidenziato lo stretto legame tra culture religiose e categorie giuridiche[32], proponendo una prospettiva di analisi finalizzata alla elaborazione di un lessico giuridico in grado di superare la «Babele biblica» per costruire una democrazia cosmopolitica[33], attraverso l'allargamento delle forme di partecipazione democratica aperte alla comunicazione e alla relazione tra le culture. Non dunque una mera traduzione lessicale degli istituti giuridici appartenenti a tradizioni ordinamentali differenti, ma un'elaborazione «interculturale» delle categorie concettuali che ne costituiscono il presupposto e il contenuto, sulla base di un metodo fondato

[27] Mario Tedeschi, *Preliminari a uno studio dell'associazionismo spontaneo nella Chiesa*, Giuffrè, Milano, 1974, in particolare p. 63 ss.

[28] Mario Tedeschi, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2007[3].

[29] Sergio Ferlito, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2005.

[30] Sergio Ferlito, *op. ult. cit*., pp. 14-15.

[31] La definizione è di Mario Tedeschi, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, cit., p. 45; Id., *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 1.

[32] Mario Ricca, *Diritto e Religione. Per una pistemica giuridica*, Cedam, Padova, 2002; Id., *Le religioni*, Laterza, Roma-Bari, 2004; Id., *Soggettività giuridica e comunità culturali (Metafore e metamorfosi per un diritto interculturale)*, nel vol. Mario Tedeschi (a cura di), *Comunità e soggettività*, Pellegrini, Cosenza, 2006, pp. 215-277.

[33] Mario Ricca, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008.

non soltanto sull'argomentazione giuridica, ma anche sulla narrazione delle implicazioni emotivo-razionali sottese alla scelte di valori e pratiche sociali che costituiscono l'esperienza concreta della propria identità culturale.

L'elaborazione di un diritto interculturale, come prospettiva di studio della ibridazione sociale prodotta da culture diverse, è prospettata anche da Pierluigi Consorti quale metodo di analisi e strumento di mediazione dei conflitti alternativo al multiculturalismo nei confronti di tradizioni culturali allogene[34]. Rispetto al modello assimilazionista o comunitarista, il diritto interculturale si fonda sul dialogo politico-istituzionale aperto all'apporto anche del settore associativo della società civile[35], costituendo un metodo di «mediazione trasformativa» delle differenze, al fine di promuovere il pluralismo etico, religioso e culturale e la tutela effettiva del diritto all'identità specifica.

In tal senso, l'apertura alla metodologia interdisciplinare costituisce un contributo essenziale all'ampliamento della conoscenza delle altre culture che consente al «giurista interculturale» di promuovere, attraverso soluzioni pratiche – nelle quali la traduzione concettuale delle categorie giuridiche siano il frutto non soltanto di una interpretazione, ma essenzialmente di una contaminazione, e dunque di una trasformazione – la relazione tra le diverse narrazioni della propria esperienza identitaria. Tale metodo di ricerca tende essenzialmente, più che ad un ampliamento dell'oggetto specifico della disciplina compresa nel settore scientifico disciplinare IUS 11 – in quanto è nell'epistemologia stessa della prospettiva ecclesiasticistica l'analisi delle relazioni giuridiche delle diversità identitarie – a porre l'accento sulle identità culturali, di cui quelle connotate religiosamente sono una specificazione. Il rapporto tra diritto e cultura non solo sostituisce in tale prospettiva quello tra diritto e religioni, ma lo ingloba, in quanto l'elemento religioso è studiato sostanzialmente quale fattore di identità culturale, almeno nella prospettiva di una soluzione interculturale dei conflitti identitari, a livello sia teoretico e preventivo che pratico, in relazione al caso concreto.

Tuttavia, ciò che distingue essenzialmente la prospettiva – o meglio, la formazione culturale che la metodologia di analisi implica – di un costituzionalista rispetto ad un ecclesiasticista è rintracciabile proprio nella relazione tra religione e cultura. Mentre la metodologia proposta dalla Ruggiu prospetta l'equiparazione giuridica tra i due concetti nella tutela dei diritti all'identità specifica[36], ipotizzando, di conseguenza, la probabilità che lo

---

[34] Pierluigi Consorti, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa University Press, Pisa, 2013.

[35] Pierluigi Consorti, *op. ult. cit.*, p. 168.

[36] Cfr. la *Lettura* al volume di I. Ruggiu di Paola Pannia, Elettra Stradella in *Diritto e Religioni*, 16, 2-2013: «L'assimilazione tra le due dimensioni [religione/cultura] sembra [..] andare di pari

stesso diritto interculturale sia ascrivibile, quale disciplina autonoma, tra le nuove materie del diritto pubblico[37], per l'ecclesiasticista tale concezione unitaria di religione e cultura tende, diversamente, ad assorbire proprio la specificità religiosa che connota la tutela dell'alterità sul piano giuridico sostanziale. L'equiparazione tra cultura e religione rischierebbe di tradursi sul piano pubblicistico e costituzionalistico nell'assorbimento dello stesso diritto di libertà religiosa nel diritto di libertà culturale. Tuttavia, così come evidenziano gli studî ecclesiasticistici, la cultura di matrice religiosa, intesa quale abito mentale e «rete di significati», pur essendo il prodotto di una tradizione certamente non statica, è solo uno degli aspetti dell'elemento religioso caratterizzante il fondamento del diritto di libertà garantito costituzionalmente a ciascun individuo e alla comunità religiosa di appartenenza. La libertà di coscienza, quale nucleo essenziale del diritto di libertà in materia religiosa, costituisce l'altro lato della medaglia del pluralismo dei valori che la laicità garantisce. La libertà di scegliere di uniformare i proprî comportamenti, e dunque il proprio agire sociale alle prescrizioni normative derivanti dall'appartenenza ad una comunità religiosa, tuttavia, non è completamente equiparabile all'appartenenza ad una comunità culturale, proprio perché le comunità religiose, quali strutture normativo-organizzative delle religioni, non sono completamente sovrapponibili alle comunità culturali, nemmeno considerando queste ultime, in quanto «rete di regole», oltre che «rete di significati», come suggerisce Ilenia Ruggiu, anch'esse quali «forme di ordinamenti giuridici, con proprî criterî di riconoscimento e di trasformazione»[38].

Se nella prospettiva antropologica, religione e cultura sono non soltanto equiparabili, ma si pongono in un rapporto di *genus* a *species*, dal punto di vista giuridico tale equipollenza tradisce un'operazione non neutra, tendente ad identificare, selettivamente, il termine religione con la comunità religiosa, che invece costituisce uno degli elementi strutturali specifici del fenomeno religioso collettivo, ossia a ridurre la religione a cultura.

Se entrambe, le comunità culturali e le comunità religiose, possono essere considerate «comunità sociali», in quanto aggregazioni collettive titolari di diritti e contraddistinte dalla normatività del codice comportamentale di

---

passo con una sostanziale assenza di parametri identificativi dell'uno e dell'altro concetto, che apre la via al criterio della "autoqualificazione" come strumento di individuazione. Ora, tale criterio presenta significativi profili critici, rintracciabili sia sul versante della religione che su quello della cultura», p. 668.

[37] Ilenia Ruggiu, *op. cit.*, pp. 14-15.

[38] Ilenia Ruggiu, *op. cit.*, pp. 55-56. Cfr. in proposito le osservazioni critiche di Pirluigi Consorti, *op. cit.*, p. 209 ss.

appartenenza[39], non egualmente possono essere considerate giuridicamente quali ordinamenti, con analoga capacità e funzione prescrittivo-normativa, se non cogliendone soltanto e meramente l'aspetto esteriore permeato dal codice culturale, sebbene di matrice religiosa, dei soggetti appartenenti ad essa. In altri termini, sottacendo la diversa funzione teleologica, oltre che assiologica, che riveste per il singolo la cogenza normativa delle regole che strutturano l'appartenenza identitaria.

In realtà, sotto il profilo giuridico, ciò che contraddistingue una comunità religiosa è proprio la centralità del diritto religioso nella sua funzione di collegamento, nel senso di *religare*, del sociale allo spirituale, nel quale si evidenzia la coincidenza della religione con il diritto: in una comunità religiosa, la religione è anche diritto e il diritto è anche religione[40], perché l'elemento fondante e coesivo è dato proprio dal complesso normativo generale della legge religiosa che si attua attraverso la realizzazione nei legami sociali comunitari dei precetti religiosi finalizzati alla propria realizzazione spirituale[41].

La religione è normativa in quanto complesso di prescrizioni rituali e cultuali e di norme comportamentali che necessitano della concretizzazione nel vissuto quotidiano, in quanto per definizione essa non è mai individuale, ma relazionale. Ciò che contraddistingue una comunità religiosa dalle altre realtà comunitarie è la peculiarità del diritto religioso, ossia la qualificazione religiosa del diritto quale *ordo*, tessuto connettivo che struttura la vita religiosa «comune» dei credenti, quale esplicazione sociale concreta del complesso normativo generale della legge religiosa[42].

In ultima analisi, si può affermare che mentre una comunità religiosa può anche essere analizzata in quanto comunità culturale, una comunità esclusivamente culturale non può esserlo in quanto comunità religiosa.

L'approccio dell'ecclesiasticista nella determinazione dei concetti giuridici relativi al fattore identitario consente pertanto di precisare la relazione tra cultura e religione e dunque tra libertà culturale e libertà religiosa. La

---

[39] La categoria di comunità sociale è prevista dalla L. n. 16/2001, *Lei da Liberdade Religiosa*, in *Diario da Republica*, I *série*-A, n. 143-22 de Junho de 2001, art. 20. La traduzione italiana è contenuta in appendice (pp. 112-125) all'analisi di Sergio Ferlito, *La legge portoghese di libertà religiosa*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, I, 2003, pp. 70-112. Sui concetti di comunità sociale e ordinamento sociale mi sia consentito rinviare a Maria d'Arienzo, *Confessioni religiose e comunità*, nel vol. Mario Tedeschi (a cura di), *Comunità e soggettività*, cit., p. 287 ss.

[40] Cfr. Silvio Ferrari, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002.

[41] Riprendo le considerazioni già espresse in Maria D'Arienzo, *op. ult. cit.*, p. 291.

[42] *Ivi*, p. 290 ss.

categoria generale che fonda i diritti identitari di libertà non è la cultura, né la religione rappresenta una sua mera specificazione, così come avanzato anche in alcuni studî pubblicistici e costituzionalistici, ma al contrario è la specificità religiosa che contraddistingue le categorie concettuali più complesse rispetto a quelle ascrivibili al fattore culturale, o comunque rispetto alle quali si struttura analogicamente la loro regolamentazione giuridica in quanto tutela del diritto alla differenza o specifica identità[43].

In tal senso, se è vero, come incisivamente afferma Ilenia Ruggiu, che «affrontare il tema della cultura senza l'apporto dell'antropologia è un suicidio scientifico»[44], è altrettanto vero che nello studio delle tematiche relative alla multiculturalità e alla multireligiosità un contributo rilevante può rinvenirsi proprio nella peculiarità metodologica di analisi che caratterizza gli studî delle discipline comprese nell'ambito ecclesiasticistico riguardanti anche i profili di rilevanza giuridica dei fenomeni di pluralismo religioso, il quale a sua volta si estende su piani più articolati, che investono fattori etici e spirituali altrettanto complessi.

---

[43] Cfr. Pierluigi Consorti, *op. cit.*, p. 210 ss.

[44] Ilenia Ruggiu, *op. cit.*, p. 20.

L'I.S.I.S. e il trattamento di combattenti e non combattenti. Focus sulle norme del diritto islamico riguardanti nemici, spie, ostaggi e prigionieri di guerra

Vasco Fronzoni

I) *Premessa*

La reiterata recrudescenza di alcune azioni poste in essere dal neo proclamatosi Stato Islamico di Iraq e Siria, già Stato Islamico di Iraq e Levante (noto anche con gli acronimi I.S.I.S. o I.S.I.L.), nei confronti di soggetti catturati, fornisce l'occasione per mettere a fuoco alcuni istituti di diritto islamico riguardanti lo "*jus in bello*"[1] e, al tempo stesso, compiere a partire da essi una analisi tesa a riscontrare la conformità di tali condotte alla *šarī'a*.

Lo Stato islamico fu istituzionalizzato dal Profeta Muḥammad con la Costituzione di Medina[2] del 623 d.C. e poi edificato dai quattro califfi successivi, sull'esempio dei quali si è fondata la teoria ortodossa del califfato, espressamente voluto da Allah per il bene della *umma*.[3] Il califfato consiste nell'esercizio di un potere regale e legale, che fa agire i governati secondo i disegni del governante e che, al contempo, fa operare il governante per salvaguardare gli

---

[1] Ci si riferisce alle regole del diritto islamico prescritte durante le ostilità. Per una analisi sulla bipartizione delle macro categorie *jus ad bellum* e *jus in bello* secondo il diritto internazionale, si rinvia a Stefano Pietropaoli, Jus ad bellum *e* jus in bello. *La vicenda teorica di una "grande dicotomia" del diritto internazionale*, in Pietro Costa (a cura di), *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. I diritti dei nemici*, XXXVIII, Giuffré, Milano, 2009, pp. 1169 e ss.

[2] Sulla Costituzione di Medina, si veda Agostino Cilardo, *La comunità islamica*, in Werner Ende-Udo Steinbach, *L'islam oggi*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2004.

[3] Sulla teoria del Califfato e sullo Stato islamico, la letteratura è assai vasta. Per una sintesi, si rinvia a Ann Katharine Lambton, *State and Government in Medieval Islam, Oxford University Press, Oxford 1991;* Al-Māwardī, *Al-aḥkām al-sulṭāniyya*, Mustafa al-Bābi al-Hālābi, Cairo, 1966, traduzione francese di Edmond Fagnan, *Les statuts gouvernementaux ou règles de droit public et administratif*, Editions du patrimoine arabe et islamique, Beyrut, 1982; Francesco Montessoro (a cura di), *Lo Stato islamico. Teoria e prassi nel mondo contemporaneo*, Guerini, Milano, 2005. Ibn Taymiyyah, *Al siyāsa al-šar'iyya fi iṣlaḥ al-rā'ī wa al-ra'iyya,* traduzione italiana di Gian Maria Piccinelli, *Il buon governo secondo l'islam*, Fondazione Ferni Noja Noseda, Novara, 2001; Emile Tyan, *Institutions du droit public musulman, I Califat*, Centre d'Étude des Droit du Monde Arabe, Beyrut, 1999.

interessi materiali della comunità, secondo la legge di Allah. Viene così codificato un contratto tra l'eletto e la popolazione, noto con il termine di *bay'a*, vincolato dalle regole della legge religiosa islamica, che crea obblighi sia nei confronti del califfo che verso i sudditi. All'inizio, la legittimazione a diventare califfo si ebbe con forme diverse: acclamazione, designazione, elezione, tenendo sempre in contro la personalità del soggetto e le regole di consultazione e condivisione all'interno della comunità islamica. Per essere nominato califfo bisognava essere un uomo particolarmente pio, riconosciuto come tale, di origine araba ed appartenente alla tribù del Profeta, nominato nell'ambito di una *šūrā*, una consultazione tra notabili musulmani, con il benestare dei maggiori eminenti dei centri del sapere islamico. Successivamente, in epoca omayyade e poi abbaside, i princìpi ispiratori del contratto califfale si allentarono, ed il potere fu trasmesso in maniera eminentemente dinastica. Dal 1517, con la conquista ottomana, l'istituzione califfale fu sostituita dal sultanato ottomano e abolita nel 1924 da Kemāl Atatürk.

Si deve partire da questo substrato di regole religiose e giuridiche, necessariamente storicizzato, che indica quale sia la legittimazione del potere secondo la *šarī'a* e quali siano state le modalità di successione nella tradizioni dei primi califfi e durante i primi tempi dell'islam, per operare un raffronto con quanto sta avvenendo in seno allo Stato islamico di Iraq e Siria.[4] La restaurazione del califfato e le modalità di scelta di Abū Bakr al-Baġdādī quale guida politica dell'auto proclamatosi Stato islamico, destano non pochi dubbi sulla legittimità ad agire in tal senso, sulla effettiva rappresentanza della intera comunità dei credenti, sull'avvenuto processo decisionale all'interno della *umma*,[5] sul rispetto dei requisiti soggettivi richiesti per diventare guida della comunità islamica, sulla accettazione delle procedure designative da parte degli '*ulamā*' dei maggiori centri del sapere islamico.[6]

Le scarse notizie dirette che giungono dall'I.S.I.S. non filtrate dalla lente dei media[7], nonostante un ufficio stampa alquanto all'avanguardia, forniscono

[4] Sulla genesi dell'I.S.I.S. si consulti tra gli altri, Jay Sekulow, *Rise of ISIS: a Threat we can't ignore*, Howard Books, New York, 2014; Joseph Spark, *ISIS. Taking over the Middle East.*, in AA.VV., *The Islamic State of Iraq and Syria*, Charles River Editors, Boston, 2014. Sulle ricadute dell'I.S.I.S. in Italia, si rinvia a Lorenzo Vidino, *Il Jihadismo autoctono in Italia. Nascita, sviluppo e dinamiche di radicalizzazione*, Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, Milano, 2014.

[5] Si deve evidenziare che la *šūrā* tra governanti e governati, ovverosia il percorso in cui, attraverso la consultazione, il confronto e la deliberazione, avviene il processo decisionale pubblico nell'islam su questioni di interesse comunitario, prescrive la presenza di elementi fondamentali quali una assemblea di persone qualificate ed eminenti, l'esistenza di un potere esecutivo legittimo, la fiducia e la condivisione da parte della comunità dei fedeli.

[6] Al-Azhar del Cairo, al-Qarawiyyīn di Fez e al-Zaytūna di Tunisi.

[7] Eccezion fatta per la diffusione di video con regia professionale e per la pubblicazione del *magazi-*

un patrimonio esiguo su cui fondare una analisi complessiva e, pertanto, i risultati della stessa potrebbero venire condizionati dalla limitatezza e dalla mediatezza delle fonti. È tuttavia noto che l'I.S.I.S. sta radicando le sue posizioni in un contesto geografico specifico e che, allo stesso tempo, sta tessendo affiliazioni con frange fondamentaliste[8] al di fuori di tale ambito ed in maniera transnazionale, come avvenuto in Libia.

L'ideologia che muove il nuovo califfato è di affermata ispirazione sunnita ed anti-šī'ita, nonché di manifesta avversione verso l'occidente, combattuto in chiave confessionale. Difatti, nella prima apparizione pubblica in occasione della *ḫuṭba* del 4 luglio 2014 tenuta nella moschea della città iraqena di Mawṣil, il neo califfo al-Baġdādī afferma che l'istituzione califfale deve essere ritenuta una obbligazione per tutti i fedeli, ed illustra che era stata dimenticata per secoli e doveva dunque essere ripristinata, e nell'annunciare quindi la sua restaurazione, ammonisce che sarà un dovere per tutti i credenti obbedire a lui, che è stato posto al comando su di loro.[9] Inoltre, va evidenziato come alcuni passaggi del sermone assumono toni apocalittici e escatologici, in riferimento ai nemici dell'islam ed ai miscredenti, che dovrebbero quantomeno far preoccupare chi monitora tali fenomeni.[10]

Ciò premesso, oggetto della presente analisi non è la legittimazione dell'I.S.I.S. come Stato islamico e come autorità califfale, né la sua effettiva rappresentanza di tutto il mondo islamico, bensì il trattamento riservato dai suoi esponenti a persone catturate durante operazioni (para)militari,[11] veri-

---

ne online "Dabiq" (nome scelto non a caso, poiché nell'escatologia islamica la città di Dabiq, posta nel Nord della Siria, sarà il luogo di scontro nell'ultima ora tra il bene – l'esercito musulmano – e il male – i romani.

[8] Sul concetto di fondamentalismo applicato all'islam e sulla terminologia di area, si consulti Paolo Branca, *Moschee inquiete: tradizionisti, innovatori, fondamentalisti nella cultura islamica*, Il Mulino, Bologna, 2003; Claudio Lo Jacono, "*I cosiddetti fondamentalismi islamici*", in *Parolechiave*, Fondazione Lelio e Lisli Basso, Roma, 3, 1993.

[9] Video disponibile alla *url* http://www.youtube.com/watch?v=-SZJMMdWC6o.

[10] Il successo dei temi della visione apocalittica ha contribuito alla diffusione nel mondo islamico di motivi violenti, indirizzati ai nemici della fede ed al relativismo, al secolarismo, alla decadenza dei costumi, all'ateismo, all'imperialismo occidentale e, quindi, alla innovazione ed alla modernità, queste ultime causate dalla pretesa degli Stati moderni di separare politica e religione. Nell'islam, tanto i movimenti apocalittici quanto quelli fondamentalisti hanno come scopo l'unificazione dei Paesi a maggioranza musulmana attraverso la restaurazione del califfato e l'islamizzazione del mondo intero, raggiungibile soltanto in un orizzonte messianico, con l'avvento dell'"ultimo giorno" e la sconfitta di tutti i nemici della vera fede. Sulla letteratura apocalittica, si vedano, tra gli altri, David Cook, *Contemporary Muslim Apocalyptic Literature*, Syracuse University Press, New York, 2005; Jean Pierre Filiu, *L'Apocalypse dans l'Islam*, Fayard, Paris, 2008, p. 34 e ss.

[11] L'approfondimento darà per assodata una circostanza che è viceversa tutta da dimostrare (non è però l'oggetto di questo saggio), e cioè che le operazioni messe in campo per catturare questi soggetti siano consentite nell'ottica "sharaitica", operando sul piano della legittimità formale dello *jus ad bellum* islamico.

ficandone la tenuta sul banco di prova delle regole della *šarī'a.* Il punto di partenza sarà quello di sondare la natura delle relazioni tra musulmani e non musulmani in tempo di guerra, per poi passare alle regole della guerra secondo le fonti del diritto islamico, ed analizzare quale sia, da una parte, il trattamento legale delle diverse categorie di combattenti e non combattenti, per scandagliare, dall'altra e con la lente della *šarī'a*, la natura delle condotte dell'I.S.I.S., chiarendo se rientrino nel campo della religione o se ne restino escluse, venendo confinate (e in che termini) in quello della politica.

II) *Relazioni tra musulmani e non musulmani in tempo di guerra*

Nel Corano si trovano numerosi versetti riguardanti le relazioni tra i musulmani ed i loro nemici, tanto nel periodo meccano che in quello medinese. Nel primo di essi, Allah invita i suoi fedeli a sopportare le persecuzioni e ad essere pazienti. In quello medinese, alcuni passi concedono ai credenti di difendersi contro le aggressioni da parte dei meccani.

Da un punto di vista terminologico, i nemici dell'islam vengono definiti *mušrikūn* (i meccani politeisti), *kuffār* (i miscredenti), *munāfiqūn* (gli ipocriti, ovverosia i medinesi che esteriormente sostenevano di essere musulmani mentre di fatto supportavano i nemici dell'islam), *ahl al-kitāb* (gente del libro), laddove i musulmani vengono chiamati *al-muslimūn* (i sottomessi) o anche *al-mu'imūn* (i credenti). È evidente come il dato lessicale del Testo sacro sia imperniato sulla differenza di religione, ed ha permesso quella particolare divisione geo-politica del mondo conosciuto effettuata dai giuristi musulmani, che già durante il secondo secolo dell'islam, classificarono le relazioni internazionali in base alla tripartizione tra *dār al-islam/dār al-'hadl/dār al-salām* (casa, terra o territorio dell'islam, casa della giustizia, casa della pace), *dār al-ḥarb/dār al-ğawr* (casa della guerra, casa dell'ingiustizia o dell'oppressione), *dār al-ṣulḥ/dār al-'hadl/dār al-muwāda'ah* (casa della pace, casa del patto, casa della riconciliazione).[12]

Si tratta di una divisione concettuale del mondo improntata alle relazioni internazionali, nella visione dei giuristi classici, che si fondava sulla unità della comunità islamica sotto la guida del califfo, e si rivolgeva a tutte le popolazioni ed a tutti i territori non musulmani, che talvolta venivano annessi e tal'altra venivano combattuti.

---

[12] Wahba Al-Zuḥali, *Āthār al-Ḥarb fī al-islām: Dīrāsah Muqāranah*, Dār al-Fikr, Damasco, 1401 H., p. 170; Yanagihashi Hiroyuki, *The Concept of Territory in Islamic Law and Tought. A Comparative Study*, Routledge, New York, 2009, *passim*.

Il primo gruppo, si riferisce ai territori la cui sovranità appartiene ai musulmani, in cui la legge islamica è applicata e nei quali i fedeli possono pregare liberamente, ove i credenti ed i protetti sono e si sentono al sicuro; il secondo, a quelle regioni non governate da musulmani, in cui la legge dell'islam non viene applicata, dove non è sicuro professare la vera fede e pregare Allah, ed in cui i credenti ed i loro protetti non vivono al sicuro; infine, il terzo riguarda i paesi non musulmani che hanno siglato un trattato di pace con i musulmani, in base al quale i primi sono tenuti a pagare il *ḫarāğ*,[13] ovverosia una tassa annuale sulla terra, corrisposta in virtù della obbligazione alla protezione da attacchi esterni garantita dall'esercito musulmano. Va opportunamente ricordato che il *ḫarāğ*, imposta terratica, si differenzia dalla *ğizya*, tassa testatica dovuta dalle genti del libro che vivono stabilmente in regime di protezione nella *dār al-islam*.

L'islam, oltre a ad una salvaguardia specifica per alcuni soggetti non combattenti, accorda protezione generale a due particolari categorie di soggetti: i *musta'mīn* (residenti temporanei nella *dār al-islam* in virtù dell'*amān* ovvero un salvacondotto, in tempi risalenti concesso ai mercanti ed in tempi moderni a studenti e turisti) e i *ḏimmī* (stabilizzatisi nei territori islamici in virtù della *ḏimma*, un contratto bilaterale con specifici diritti e doveri). I *ḏimmī* erano a tutti gli effetti residenti permanenti della *dār al-islām*, appartenenti quindi allo Stato islamico (anche se non considerati cittadini), la cui religione era fondata su uno dei libri sacri riconosciuti (antico o nuovo testamento) ed anche per questo venivano definiti quali appartenenti alla gente del Libro; erano anche chiamati tributari, cioè sottoposti alla tassa di capitazione, la *ğizya*.[14] In sostanza essi erano tutti i residenti stabili all'interno della *umma islāmiyya* che non professavano l'islam ma che erano pur sempre monoteisti, ovverossia ebrei, cristiani, e successivamente sabei, zoroastriani e finanche samaritani e mazdei.[15] L'accordo di protezione implicava diritti e doveri.

---

[13] Per una ampia panoramica, si veda Abu Yūsuf, *Kitāb al-ḫarāğ*, traduzione francese di Edmond Fagnan, *Livre de l'impot foncier*, Paul Geuthner, Paris, 1921.

[14] " Cor IX, 29: "*Combattete coloro che non credono in Dio e nel Giorno Eterno, e che non ritengono illecito quel che Dio e il Suo Messaggero han dichiarato illecito, e coloro, fra coloro cui fu data la Scrittura, che non s'attengono alla Religione della Verità. Combatteteli finché non paghino il tributo uno per uno, umiliati* " (per tutte le citazioni del Corano, si fa riferimento alla traduzione di Alessandro Bausani, *Il Corano*, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 1998). In dottrina, è discussa la natura giuridica della tassa di capitazione, con interpretazione che vanno dalla sua titolazione quale pagamento per la protezione ricevuta dai musulmani, alla sua classificazione quale esenzione per la mancata coscrizione militare, fino all'inquadramento di pena pecuniaria imposta sui non musulmani per il loro rifiuto di abbracciare l'islam; sul punto, David Freidenreich, "*Christians in early and classical Sunnī law*", in David Thomas-Barbara Roggema, *Christian-Muslim relations. A bibliographical history*, Brill, Leiden, 2009, I, p. 103.

[15] Sul modo in cui le autorità sunnite hanno classificato i tributari, si veda Yohanan Friedmann,

Al cristiano e all'ebreo veniva consentito di risiedere in maniera stabile nel territorio islamico, godendo della inviolabilità della propria persona e dei propri beni alla stregua dei musulmani. A fronte di una generica obbedienza all'autorità islamica, in campo religioso veniva loro riconosciuta una piena liberà di culto, potendo professare la propria fede senza costrizione o obbligo di conversione, a condizione di accettare delle restrizioni relative alla costruzione di sinagoghe o chiese (con esplicito divieto di ristrutturazione degli edifici adibiti al culto danneggiati o caduti in rovina);[16] d'altronde, le pratiche liturgiche del proprio culto non dovevano professarsi in pubblico (anzi, andavano celebrate in privato),[17] in luoghi definiti e con modalità tali da non disturbare l'etica islamica (ad esempio, andava evitato un suono troppo elevato o insistente delle campane). Era altresì proibita ogni forma di critica della fede musulmana, mentre al musulmano veniva consentito di criticare la fede cristiana o ebraica.[18] I protetti avevano diritto di libera circolazione in tutta la *dār al-islām* eccetto che nei Luoghi santi e nel territorio dell'Ḥiğāz. I *ḏimmī* erano soggetti all'autorità dello Stato islamico anche per le questioni inerenti l'ordine pubblico e venivano protetti dalle autorità islamiche contro eventuali attacchi interni e dall'esercito musulmano rispetto alle aggressioni esterne. Infine, i protetti non erano obbligati alla coscrizione militare grazie al pagamento della *ğizya* (anche se potevano combattere nelle fila dell'esercito musulmano su base volontaria e partecipare persino alla suddivisione del bottino di guerra).[19] L'ammontare della tassa di capitazione non era fisso e la sua determinazione era lasciata all'autorità dell'*imām*; nel massimo, era fissato in 4 *dinār* d'oro o 40 *diḥrām* d'argento, da pagare per ogni anno lunare, a fine anno. Al povero si scontava in maniera proporzionale alla sua capacità contributiva, e in caso di suo arricchimento la tassa non subiva aumenti. Il contratto di capitazione cessa i suoi effetti quando

---

"*Classification of unbelievers in Sunnī Muslim Law and Tradition"*, in Jerusalem Studies in Arabic and Islam, XXII (1998), pp. 163-195.

[16] Sullo specifico punto si veda Antoine Fattal, *Statut légal des non-musulmans en pays d'Islam*, Dār al-Mašreq, Beyrut, 1995, pp. 174 e ss.

[17] La prescrizione di dettaglio la sostiene David Freidenreich, "*Christians in early and classical Sunnī law*", cit., I, p. 102.

[18] Secondo una posizione dottrinaria minoritaria, queste disposizioni normative non devono essere inquadrate in una civile regolamentazione dei diritti e doveri dei protetti, ma interpretate quali vere e proprie vessazioni, tese a impoverire (con la tassa di capitazione), umiliare ed assicurare lo stato di inferiorità di quelle comunità, anche al fine di provocare una conversione. Così, Mark Durie, "*Islam and the dhimma pact*", in *National Observer,* 2010, n. 82, p. 10.

[19] Per una visione generale sulle relazioni istituzionali tra musulmani e protetti, si rinvia a Ibn Qayyim, *Aḥkām ahl al-Ḏimmah*, Dār al-Kutūb al-'Ilmiyah, Beyrut, 1415 H.; 'Abd al-Karīm Zīdān, *Aḥkām al-Ḏimmiyyn wa al-Musta'minīn fī Dār al-Islām*, Mu'āssasah al-Risālah, Beyrut, 1402 H.

il tributario combatte i musulmani, rifiuta di pagare la tassa, quando si oppone a decisioni legali, quando sequestra una musulmana libera, quando la induce in errore dichiarandole di essere musulmano per sposarla, quando dà informazioni al nemico circa punti deboli dei musulmani e dei loro territori, quando ingiuria i Profeti, quando scappa in territori nemici.

A ben vedere, ciò che secondo l'islam caratterizza i rapporti tra musulmani e infedeli in tempo di guerra, non è propriamente il fattore religioso, vale a dire l'appartenenza o meno ad una confessione, quanto piuttosto la possibilità o meno per il credente di pregare e seguire in sicurezza le regole che Allah ha voluto, così come le ha prescritte.

III) *L'etica della guerra nel diritto islamico*

La corretta coordinata ermeneutica per analizzare il tema della guerra nel testo coranico è quella della necessaria contestualizzazione sociologica e geopolitica del tempo.

Da un lato, emerge chiaramente come i primi scontri dell'esercito musulmano, si pensi alle battaglie di Badr e di Uḥud, furono combattimenti difensivi e legittimati unicamente dalla necessità di tutelarsi da un'aggressione conclamata e concreta. I musulmani, quindi, furono coinvolti in questi scontri quali vittime di attacchi nemici e la loro portata offensiva fu di reazione e difesa. Tuttavia, nella letteratura occidentale, spesso questi episodi bellici sono stati dipinti diversamente, venendo ritenuti come una "guerra santa", ovvero come una campagna di espansione lanciata dal Profeta per conquistare e dominare l'Ḥiğāz in nome della religione, poiché Allah così voleva.[20]

Il contesto dei versi coranici indica come l'islam viene a nascere in una cultura di conflitti tribali, cosicché le ostilità che si vennero a generare tra la neonata comunità islamica e i suoi nemici, vengono lette nelle sure meccane in maniera del tutto particolare e differente dall'interpretazione che si avrà nei versetti medinesi; nel primo periodo infatti, i fedeli vengono invitati alla pazienza e a non rispondere alle persecuzioni ed agli attacchi perpetrati dai meccani idolatri, pur essendo lo stato di guerra tra musulmani e infedeli la regola, e ciò fino al Trattato di Ḥudaybiyya (con il quale i meccani si impe-

---

[20] Tra gli altri, Fred Donner, "*The sources of Islamic Conception of War*", in *Just war and Jihad: Historical and Theoretical Perspectives on War and Peace in Western and Islamic Traditions*, a cura di John Kelsay-James Turner Johnson, Greenwood Press, New York, 1991, pp. 31 e ss.; David Cook, *Understanding Jihad*, University of California Press, Los Angeles, 2005, p. 6; Reuven Firestone, "*Disparity and Resolution in the Qur'ānic Teaching of War: A Reevaluation of a Traditional Problem*", in *Journal of Near Eastern Studies*, LVI, n. 1, 1997, pp. 2 e ss.

gnavano a ritirarsi e consentire ai musulmani di effettuare la *'umra*, il piccolo pellegrinaggio). Una volta rifugiatisi a Medina e messa quindi in sicurezza la nuova comunità, i credenti risposero alle aggressioni con le armi, in attacchi difensivi ma che, in alcuni casi, come a Badr e nella battaglia del Fossato, assunsero anche il sapore della vendetta tribale.[21]

Va però evidenziato che non erano gli infedeli in quanto tali ad essere destinatari della reazione della *umma*, quanto piuttosto soltanto coloro che dimostravano ostilità per l'islam, per esempio attraverso la perpetrazione di atti persecutori.[22] Infatti, i primi combattimenti dell'esercito musulmano furono dovuti all'ostilità, alle aggressioni ed alle persecuzioni dei nemici, e non alla loro appartenenza ad un differenti credo.[23]

Nel Corano, sono tre i termini con i quali si definisce il contesto bellico: *qitāl* (combattimento, assassinio, uccisione, infanticidio), *ǧihād* (lotta, sforzo, guerra) e *ḥarb* (guerra). Il loro utilizzo, come quello delle loro derivazioni (69 derivazioni del termine *qitāl* citate 170 volte, 17 derivazioni di *ǧihād* riportate 41 volte, 3 derivazioni di *ḥarb* indicate 6 volte),[24] è sempre specifico e non promiscuo. Accanto a questi vocaboli, vi è poi nel Testo sacro l'espressione *fī sabīl Allah* (sul sentiero di Allah), che la maggior parte dei giuristi interpreta come modo per favorire e promuovere il regno di Allah sulla terra, indicando la strada della verità e della giustizia, incluse tutte le istruzioni fornite sulla giustificazione e le condizioni per lo svolgimento della guerra e della pace.[25] Il punto cruciale nello studio del contesto militare nell'islam è proprio quello che riguarda la scelta ermeneutica se *ǧihād* e il combattimento *fī sabīl Allah* costituiscono atti di guerra giusti e legittimi ovvero se riguardano una belligeranza portata in nome della religione. Ciò comporta chiarire se per l'islam combattere risulta consentito soltanto in ipotesi di guerra difensiva, in reazione ad una aggressione subita, oppure se iniziative offensive nei confronti dei non musulmani sono in ogni caso permesse per promuovere e diffondere la legge di Allah.

---

[21] Su questi episodi storici, si veda Claudio Lo Jacono, *Profilo storico del mondo musulmano*, Istituto per l'Oriente, Roma, 2002, p. 20-24.

[22] Abdulaziz Sachedina, "*The development of Jihad in Islamic Revelation and History*", in James Turner Johnson-John Kelsay, Cross, Crescent and Sword. The Justification and Limitation of War in Western and Islamic Tradition, Greenwood Press, New York, 1990, p. 35 e ss.

[23] Così Abdulaziz Sachedina, "*The development of Jihad in Islamic Revelation and History*", cit., p. 43; Sherman Jackson, "Jihad and the Modern World", in *Journal of Islamic Law and Culture*, VII, n. 1, 2002, p. 14.

[24] Le indicazioni sono riportate da Ahmed Al-Dawoody, *The islamic law of war. Justifications and Regulations*, Palgrave Macmillan, New York, 2011, p. 56-57.

[25] Tra gli altri, Al-Qarāfī, *Al-Ǧihād wa al-Ḥuqūq al-Dawliyyah al-'Āmmah fī al-Islām*, Dār al-Kutūb al-'Ilmiyah, Beyrut, 1982, pp. 107-109.

La giustificazione della guerra nel Corano può essere tracciata esaminando alcuni passi: "*È dato permesso di combattere a coloro che combattono perché sono stati oggetto di tirannia: Dio, certo, è ben possente a soccorrerli – Cioè coloro che son stati cacciati dalla loro patria ingiustamente, soltanto perché dicevano "Il Signore nostro è Dio" E certo se Dio non respingesse alcuni uomini per mezzo d'altri, sarebbero ora distrutti monasteri e sinagoghe, e oratori e templi nei quali si menziona il nome di Dio di frequente. Orbene Iddio soccorrerà per certo chi soccorre Lui; in verità Dio è potente e possente*"(Cor XXII, 39-40). Il testo evidenzia come l'opzione militare, come *casus belli*, è lecita unicamente come attività difensiva verso una aggressione; è il caso dei musulmani cacciati dalle loro case a causa della loro fede. Questo versetto codifica inoltre il principio di tutela della libertà religiosa, e legittima il ricorso alla forza a protezione dei luoghi di culto, quali monasteri, sinagoghe, chiese e templi.[26]

Inoltre, nelle sure medinesi si trova una ulteriore causa legittimante la guerra, ovverosia la protezione di quei fedeli che per varie motivazioni non avevano potuto rifugiarsi a Medina ed erano restati a Mecca: "*Che avete dunque che non combattete sulla via di Dio e per difendere quei deboli, quelle donne, quei bambini, che dicono "Signore! Facci uscire da questa città d'iniqui abitanti, dacci per tua grazia un patrono, dacci per tua grazia un alleato"! Coloro che credono combattono sulla via di Dio, e coloro che rifiutano la Fede combattono sulla via dei Ṭāǧūt, combattete dunque gli alleati di Satana, che l'insidia di Satana è debole insidia*" (Cor IV, 75-76). Il ricorso alla guerra è così consentito per porre fine alle persecuzioni della minoranza musulmana di Mecca. Alcuni esegeti si spingono al punto di ritenere legittimo il ricorso alla forza anche in caso di necessità per andare in soccorso dei protetti e delle minoranze non musulmane che chiedono aiuto.[27]

Ancora : "*Combattete sulla via di Dio coloro che vi combattono ma non oltrepassate i limiti, che Dio non ama gli eccessivi. Uccidete dunque chi vi combatte ovunque lo troviate e scacciateli di dove hanno scacciato voi, che lo scandalo è peggio dell'uccidere; ma non combatteteli presso il Sacro Tempio, a meno che non siano essi ad attaccarvi colà: in tal caso uccideteli. Tale è la ricompensa dei Negatori. Se però essi sospendono la battaglia, Iddio è indulgente e misericorde. Combatteteli dunque finché non ci sia più scandalo, e la religione sia quella di Dio; ma se cessan la lotta, non ci sia più inimicizia che per gli iniqui. Il mese sacro per il mese sacro e tutti i luoghi sacri seguono la*

[26] Al-Qurṭūbī, *Al-Ǧāmi' li-Aḥkām al-Qur'ān*, Al-Maktaba al-A'ṣrīya, Beyrut, 1350 H., XII, p. 70.

[27] Yūsuf Al-Qaradāwī, *Fiqh al-Ǧihād: Dirāsah Muqāranah li-Aḥkāmih wa Falsafatih fī Ḍaw' al-Qur'ān wa al-Sunnah*, Maktaba Wahbah, Cairo, 2009, I, p. 241.

legge del taglione; chi in quei luoghi vi aggredisce aggreditelo come egli ha aggredito voi, temete Iddio e sappiate che Dio è con chi lo teme " (Cor II, 190-194). Il combattimento sulla via di Allah è giustificato così dalla sussistenza di quattro condizioni:

– una ingiustificata aggressione nei confronti di musulmani; ciò consente in generale alla *umma* di difendersi da ogni tipo di aggressione;

– una condotta etica, durante le ostilità, proporzionata e senza oltrepassare i limiti; ciò è stato interpretato nel senso di una proibizione generale di avversare i non combattenti (sulla cui nozione vedasi *infra*), nel divieto di compiere mutilazioni sui nemici, di incendiare o distruggere senza necessità, tagliare o abbattere palme e alberi, uccidere animali se non per cibo, attaccare senza una preventiva dichiarazione di guerra, combattere per vantaggi personali o vanagloria;[28]

– divieto di combattere nei Luoghi santi, tranne che se attaccati lì;

– cessazione delle ostilità in caso di desistenza del nemico; la maggioranza degli esegeti del Corano ha inteso che la desistenza è quella rispetto all'aggressione ed alla persecuzione dei musulmani da parte dei nemici,[29] mentre altri autori hanno inteso una desistenza dall'essere miscredenti, se pagani o finché non pagano la *ǧizyia*, se genti del Libro.[30] Alcuni autori, così, non distinguono tra terminare una aggressione nei confronti dei musulmani e cessare di non credere in Allah, quale condizione per sospendere le ostilità.

Per l'islam, il ricorso alla forza non corrisponde ad una forma di guerra totale, ma sempre ad un lotta limitata nello spazio (luogo di guerra e teatro delle operazioni), nel tempo (di regola nessun combattimento durante i quattro mesi sacri, salvo necessità), nei modi (alcune armi e alcune operazioni risultano vietate) e rispetto agli obbiettivi (solo i combattenti e la potenza materiale di guerra nemica).

È quindi importante fornire una chiave di lettura per il termine *fitna*, lo scandalo che colpisce la *umma*, poiché è un concetto che apre le porte a diverse interpretazioni e significati; il senso che interessa in questa analisi è quello che, da un lato, designa l'atto di non credere in Allah e, dall'altro, quello di porre in essere persecuzioni e torture affinché un musulmano abiuri l'islam: per un credente, è meglio morire sotto tortura piuttosto che abbandonare la vera fede a causa delle pressioni e delle violenze subite. Lo scandalo è quello che colpisce chi non crede in Allah, sia perché è nato di altra religione, sia per-

---

[28] Al-Qurṭūbī, *Al-Ǧāmi' li-Aḥkām al-Qur'ān*, cit., II, p. 350; Al-Ṭabarī, *Ǧāmī al-Bayān 'an Ta'wīl Āy al-Qur'ān*, Dār al-Fiqr, Beyrut, 1405 H., II, p. 190.

[29] Tra gli altri, Al-Ṭabarī, *Ǧāmī al-Bayān 'an Ta'wīl Āy al-Qur'ān*, cit., II, p. 193.

[30] Tra gli altri, Al-Qurṭūbī, *Al-Ǧāmi' li-Aḥkām al-Qur'ān*, cit., II, p. 354.

ché ha abiurato l'islam. Questo concetto, è ribadito ancora dal Corano: "*V'è prescritta la guerra anche se ciò possa spiacervi: che può darsi vi spiaccia qualcosa che è invece un bene per voi, e può darsi che vi piaccia qualcosa, mentre invece è un male per voi, ma Dio sa e voi non sapete. Ti chiederanno se è lecito fare la guerra nel mese sacro. Rispondi: far guerra in quel mese è peccato grave. Ma più grave agli occhi di Dio è stornare dalla via di Dio, bestemmiare lui e il Sacro Tempio e scacciare la sua gente, poiché lo scandalo è peggiore dell'uccidere, e costoro non cesseranno di combattervi fino a quando loro riuscisse di farvi apostatar dalla fede; quanto a quelli di voi che avranno abbandonato la fede e saran morti negando, vane saranno tutte le opere loro in questo e nell'altro mondo, e saranno dannati al fuoco, dove rimarranno in eterno*" (Cor II, 216-217). È evidente che questa rivelazione coranica si riferisce ai musulmani che non sono riusciti a riparare a Medina e che sono stati oggetto di persecuzioni da parte dei meccani.[31] E lecito quindi combattere tanto gli oppressori che tentano di far vacillare i musulmani dalla loro fede, quanto i musulmani divenuti apostati, i quali, per non sopportare supplizi e torture, hanno deciso di cedere alle pressioni e abbandonare l'islam.

Anche in un'altra sura viene legittimata la guerra difensiva rispetto alle persecuzioni degli infedeli, e soltanto la cessazione delle ostilità da parte dei nemici può determinare un analogo comportamento da parte musulmana: "*Dì a coloro che rifiutano la fede che, se desisteranno, quel che è ormai passato sarà loro perdonato, ma se riattaccano, sappiano che già gli antichi ebbero punizione esemplare. Combatteteli dunque finché non vi sia più scandalo e il culto tutto sia reso solo a Dio. Se desistono, ebbene Dio scorge acuto quel che essi fanno*" (Cor VIII, 38-39). Anche in questo caso, è importante considerare quale sia la corretta interpretazione del testo. Se combattere chi rifiuta l'islam finché non vi sia più scandalo significa portare la guerra nei confronti degli infedeli finché non saranno sradicati da Mecca e dal resto del mondo, ciò comporta che per i musulmani *ǧihād*, secondo questa interpretazione del concetto di *fitna*, deve essere inteso quale condotta bellica offensiva, portata in nome dell'islam ed a tutela della libertà di religione (musulmana), protratta finché gli infedeli non verranno sterminati o finché non si convertiranno.[32] Viceversa, se combattere finché non ci sia più scandalo va inteso come avversare gli in-

---

[31] Yūsuf Al-Qaradāwī, *Fiqh al-Ǧihād: Dirāsah Muqāranah li-Aḥkāmih wa Falsafatih fī Ḍaw' al-Qur'ān wa al-Sunnah*, cit., I, p. 257 e ss.

[32] Tra gli altri, sostengono questa interpretazione in epoca risalente Al-Rāzī, *Al-Tafsīr al-Kabīr aw Mafātīḥ al-Ġayb*, Dār al-Kutūb al-'Ilmiyah, Beyrut, 1421 H., XV, p. 131; in epoca più recente Yūsuf Al-Qaradāwī, *Fiqh al-Ǧihād: Dirāsah Muqāranah li-Aḥkāmih wa Falsafatih fī Ḍaw' al-Qur'ān wa al-Sunnah*, cit., I, p. 259-263.

fedeli finché non perseguitino più i musulmani e quindi lo scandalo cessa col termine della oppressione della fede, ai fedeli è richiesto di difendersi fino a quando possano seguire gli insegnamenti di Allah senza timore e senza dover nascondere il loro credo.[33] Il *ǧihād* [34]quindi, nel suo significato pubblicistico (il più comune è quello privatistico, detto "maggiore" o "delle anime", che riguarda lo sforzo che il credente fa con sé stesso per non cadere in tentazioni e non allontanarsi così dalla strada tracciata da Allah) seguendo questa interpretazione, costituisce una guerra difensiva, necessaria per proteggere i credenti dalle persecuzioni religiose compiute dai loro nemici non musulmani.

Durante la guerra, se il nemico decide di indirizzarsi alla pace, Il Corano decreta che pace sia fatta: "*Ma se essi preferiscono la pace, preferiscila, e confida in Dio, che è in verità l'ascoltatore sapiente*" (Cor XIII, 61). Inoltre, un'altra rivelazione, nel consentire bontà ed equità verso chi non ha avversato i musulmani, si proibisce ai fedeli di entrare in relazioni amichevoli o in al-

---

[33] Di questo avviso, tra i commentatori classici, Al-Ṭabarī, *Ǧāmī al-Bayān 'an Ta'wīl Āy al-Qur'ā n*, cit., IX, p. 248; tra gli interpreti più moderni Muḥammad Rašīd Riḍā, *Tafsīr al-Qur'ān al-Ḥakīm: Al-Šahīr bi-Tafsīr al-Manār*, Dār al-Manār, Cairo, 1948, IX, pp. 665-667.

[34] Sul *ǧihād* e sulle sue accezioni, la letteratura è vastissima. Si fornisce una breve sintesi delle opere di immediato riferimento per il tema trattato: Muḥammad Abū Zahra*, Naẓariyyat al-Ḥarb fi al-Islām*, Wazārat al-Awqāf, Cairo, 1961; Al-Awsī Al-Ansarī, *Tafrīǧ al-kurūb fi tadbīr al-ḥurūb*, traduzione inglese di George Scanlon, *A muslim manual of war*, The American University at Cairo Press, Cairo, 1961; Yūsuf Al-Qaradāwī, *Fiqh al-Ǧihād: Dirāsah Muqāranah li-Aḥkāmih wa Falsafatih fī Ḍaw' al-Qur'ān wa al-Sunnah*, cit.; Andrew Bostom (a cura di), *The legacy of Jihad. Islamic Holy war and the Fate of non-muslims*, Prometheus Book, Amherst, 2008; Johan Bourlard, *Le Jihâd. Les textes fondateurs de l'islam face à la modernité*, Éditions de Paris, Paris, 2008; David Cook, *Storia del Jihad*, Einaudi, Torino, 2007; John Esposito, *Unholy war. Terror in the name of islam*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2002; Kaled Abou El Fadl, *Rebellion and violence in islamic law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; Jean Pierre Filiu, *Les frontiers du Jihad*, Fayard, Paris, 2006; Ibn Taymiyyah, *Fiqh al-Ǧihād li-Šaykh al-Imām Ibn Taymiyyah*, Ed. Zuhayr Šafīq al-Kabbī, Beyrut, 1992; Ibn Taymiyyah traduzione francese di Jean Michot, *Lettre à un roi croisé*, Academia Tawhid, Lyon, 1995; Adnan Limam, *L'islam et la guerre*, Phoenix Editions, Lille, 2009; Alfred Morabia, *Le Gihad dans l'Islam médiéval*, Parigi, Albin Michel, 1993; Magid Khaddury (tradotto da), *The Islamic Law of Nations : Shaybānī's Siyar*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1966; Magid Khaddury, *War and peace in the Law of islam*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1955; Gilles Kepel, *Jihad, ascesa e declino. Storia del fondamentalismo islamico*, Carocci, Roma, 2004; Bernard Lewis, *Il linguaggio politico dell'Islam*, Laterza, Bari, 2005; Farad Malekian, *The concept of islamic international criminal law. A comparative study*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff-Kluwer Academic Publishers Group, London, 1994.; Louis Massignon, *La suprema Guerra Santa dell'Islam*, Città Aperta, Troina, 2003; Nicola Melis, *Il kitāb al-ǧihād di Molla Hüsrev*, Apisa Edizioni, Cagliari, 2002; Abdulaziz Sachedina, "*The development of Jihad in Islamic Revelation and History*", cit.; Charles Solvet (tradotto da), *Institutions du Droit Mahométan relatives à la Guerre Sainte*, Imprimerie du Gouvernement, Alger, 1838; Mahmūd Taleqāni- Murtadā Muṭahhari-'Ali Šari'āti, *Jihād and Shahādat. Struggle and Martyrdrom in Islam*, Islamic Publications International, North Haledon, 1986; Giorgio Vercellin, *Jihad. L'Islam e la guerra*, Giunti, Firenze, 1997; Hilmi Zawati, *Is Jihad a Just War? War, Peace, and Human Rights under Islamic and Public International Law*, The Edwin Mellen Press, New York, 2001; Ammeur Zemmali, *Combattants et Prisonniers de Guerre en Droit Islamique et en Droit International Humanitaire*, Pedone, Paris, 1997.

leanza con coloro che combattono i musulmani per il loro credo e li espellono dalle loro abitazioni: "*Dio non vi proibisce di agire con bontà ed equità verso coloro che non vi combattono per religione e non vi hanno scacciato dalle vostre dimore, poiché Dio ama gli equanimi. Ma Dio vi proibisce di prendervi per alleati coloro che vi hanno combattuti per religione e vi hanno scacciati dalle vostre case ed hanno aiutato altri a scacciarvene, poiché quelli che prendono costoro come alleati sono iniqui*" (Cor LX, 8-9). È stato discusso tra gli interpreti cosa si debba intendere per "*coloro che non vi combattono per religione*"; alcuni hanno sostenuto che si tratta delle tribù con le quali il Profeta siglò dei patti di non belligeranza, altri ritengono che il testo si riferisce ai nemici non combattenti.

Un passo della rivelazione coranica che è ritenuto fondamentale nella elaborazione della teoria della guerra nell'islam è costituito dai seguenti versetti: "*quando poi saranno trascorsi i mesi sacri, uccidete gli idolatri dovunque li troviate, prendeteli, circondateli, appostateli ovunque in imboscate. Se poi si convertono e compiono la preghiera e pagano la decima, lasciateli andare, poiché Dio è indulgente e clemente* " (Cor IX, 5); nonché "*Combattete coloro che non credono in Dio e nel giorno eterno, e che non ritengono illecito quel che Dio e il suo Messaggero hanno dichiarato illecito, e coloro, fra quelli cui fu data la scrittura, che non si attengono alla religione della verità. Combatteteli finché non paghino il tributo uno per uno, umiliati*"(Cor IX, 29). Gli esegeti ritengono che il primo versetto si riferisca all'episodio storico durante il quale alcuni meccani violarono l'armistizio di Ḥudaybiyya e, penetrando nella Sacra moschea, uccisero alcuni musulmani. Il passo coranico illustra come le ostilità debbano cessare nei mesi sacri, nei quali le relazioni tra credenti ed infedeli passano dallo stato di guerra a quello di pace (per ritornare poi alla guerra terminato il periodo rituale di sospensione delle ostilità), ed anche qualora i nemici si pentano e compiano due tra le obbligazioni dei credenti (la preghiera e l'elemosina religiosa). Il secondo versetto, rivelato dopo l'episodio di Tabūk,[35] illustra come sia legittima la guerra portata non nei confronti di tutti gli infedeli o gli *ahl al-kitāb*, ma unicamente verso coloro tra essi che si sono dimostrati ostili verso i musulmani. Nella mobilitazione verso Tabūk, il nemico non era rappresentato da tutti i cristiani, infatti, ma soltanto da un gruppo ostile di essi.

Infine, il Corano illustra come la violazione dei patti da parte dei nemici con i quali si è sottoscritto un accordo (il cui rispetto è obbligatorio per i musulmani) è una ulteriore ipotesi di guerra legittima che l'esercito musulmano

---

[35] Sulla valenza della spedizione di Tabūk si veda Ahmed Al-Dawoody, *The islamic law of war. Justifications and Regulations*, cit., p. 65.

può e deve affrontare nei confronti dei traditori: "*E se violeranno i loro giuramenti, dopo aver stretto il patto e insulteranno la vostra religione, combattete i principi dell'empietà (non c'è giuramento che valga agli occhi loro!) così, forse, desisteranno dal loro agire malvagio! E come non dovreste combattere della gente che violò i propri giuramenti, s'affannò a scacciare il Messaggero di Dio, e v'attaccò per prima? Avete forse paura di loro? Ma è di Dio che piuttosto dovete avere paura, se siete credenti!*" (Cor IX, 12-13).

Dall'esame delle disposizioni del Testo sacro, si può argomentare che la giustificazione della guerra nel Corano è la difesa e la protezione della religione. Tuttavia, data l'ermeneuticità del Libro, va sottolineato che le varie interpretazioni possibili e il riferirsi alle varie discipline esegetiche per lo studio del Corano, possono produrre conclusioni differenti ed anche di segno opposto circa la posizione dell'islam in ordine alla guerra.[36] In ogni caso, analizzando gli episodi bellici e le battaglie dei primi tempi dell'islam, si può facilmente verificare che nessun atto di ostilità fu mai cominciato dal Profeta nei confronti di un nemico a causa del suo credo religioso. Del resto, ciò è anche in linea con l'alto principio di libertà contenuto nel Corano, che sancisce "*non vi sia costrizione nella fede*" (Cor II, 256).

Pace in islam non significa assenza di guerra, quanto piuttosto assenza di oppressioni e tirannia; l'islam considera che la vera pace può essere raggiunta solo quando la giustizia prevale; un corollario del senso diffuso di giustizia è quello che vuole che le persone possano scegliere i loro ideali e possano professare liberamente il credo che vogliono. Lo Stato islamico, così, deve mantenere la pace con coloro che dimostrano benevolenza verso i musulmani, mentre deve dichiarare legittimamente guerra nei confronti di coloro che aggrediscono i credenti e la loro volontà di professare la propria religione.[37]

Ibn Taymiyyah è stato il primo giurista ad approfondire la tematica della legittimazione della guerra nei confronti degli infedeli, argomento che costituisce il punto focale principale per mettere in luce e comprendere la natura delle norme sulla guerra per l'islam. Tra i giuristi, si sono poi formate due visioni differenti circa la legittimazione della guerra nei confronti dei non musulmani.

Una prima posizione,[38] seguita dalla maggior parte degli studiosi apparte-

---

[36] Per dirla con un autore: "*Determining whether the Qur'ān sanctionsonly difensive war or offensive war too is really left to the judgement of the esegete*". Così Fred Donner, "*The sources of Islamic Conception of War*", cit., p. 47.

[37] Così Louay Safi, "*War and Peace in Islam*", in *The American Journal of Islamic Social Science*, V, n. 1, 1998, p. 50.

[38] Tra gli altri, Ibn Taymiyyah, *Qā'idah Mukhtaṣarah fī Qitāl al-Kuffār*, Ed. 'Abd al-'Azīz, Riyadh, 1424 H., p. 87; Muḥammad Abū Zahra, *Al-'Alāqāt al-Dawliyyah fī al-Islām*, Al Dār al-Qawmiyyah lil-Ṭbā'ah wa al-Nahsr, Cairo, 1964, p. 52; Yūsuf Al-Qaradāwī, *Fiqh al-Ǧihād: Dirāsah Muqāranah*

nenti alle scuole mālikita, ḥanbalita e šāfi'ita sostiene che il *casus belli*, ovverosia la possibilità di intraprendere in maniera legittima le ostilità è ristretto alle ipotesi di *fitna* che, come visto, si riferisce alla persecuzione di musulmani da parte di non musulmani, che diventato pertanto nemici. Tale qualità si assume non per fatti di fede ma per aver perpetrato condotte ostili, aggressive e persecutorie nei confronti di musulmani. I miscredenti, quindi, non vengono combattuti in quanto tali, ma soltanto se hanno preso parte alle ostilità.[39] Per quanto riguarda l'etica della guerra, mālikiti, ḥanbaliti e šāfi'iti ritengono che soltanto i combattenti possono essere avversati; i non combattenti non possono essere attaccati né uccisi, almeno finché si mantengono neutrali. Dopo la cessazione delle ostilità, i prigionieri di guerra, non musulmani, devono essere rilasciati, tanto liberamente quanto anche a fronte di uno scambio, e non vengono forzati ad abbracciare l'islam.[40] Ciò non fa che ribadire il concetto che la loro miscredenza non è un valore in sé giustificante e legittimante la guerra nei loro confronti, altrimenti mai sarebbero rilasciati senza aver accettato la vera fede.

Una seconda interpretazione della legittimazione bellica per l'islam, minoritaria, da ricondurre a Šāfi'ī,[41] vuole che i musulmani debbano condurre la guerra nei confronti dei non musulmani qualora questi ultimi non accettino di abbracciare l'islam o di sottomettersi alle regole e alle istituzioni musulmane, come ad esempio il pagamento della *ğizya*. Secondo questo autore, quindi, tra musulmani e non musulmani sussiste ordinariamente e permanentemente uno stato di guerra, finché gli infedeli non si sottometteranno all'islam o alle sue regole; il *ğihād* assume così una portata offensiva.

Va poi rilevato come alcuni giuristi musulmani, talvolta, mutino le loro posizioni originarie in base ad eventi contingenti che colpiscono la *umma*; ciò succede, per quel che interessa il tema trattato, in riferimento al modo di intendere il *ğihād* : da guerra difensiva a guerra offensiva, in dipendenza del fatto che in quel particolare momento storico lo Stato e le istituzioni islamiche risultavano più deboli. Sul punto,[42] secondo una autorevole dottrina, rispetto alle posizioni originarie, si può notare un cambiamento di rotta in Abū Ḥanīfa e i suoi discepoli, incluso Al-Šaybānī, i quali codificarono la loro regola riguardante il diritto internazionale, assumendo che lo stato ordinario delle relazioni tra musulmani e non musulmani è quello di guerra. Questa asserzione

---

li-Aḥkāmih wa Falsafatih fī Ḍaw' al-Qur'ān wa al-Sunnah, cit., I, p. 376.

[39] Ibn Taymiyyah, *Fiqh al-Ğihād li-Šaykh al-Imām Ibn Taymiyyah*, cit., pp. 74 e ss.

[40] Ibn Taymiyyah, *Qā'idah Mukhtaṣarah fī Qitāl al-Kuffār*, cit., p. 129.

[41] Al-Šāfi'ī, *Al-Umm*, Dār al-Ma'rifah, Beyrut, 1393 H., IV, pp. 238-241.

[42] Magid Khaddury, *The Islamic Law of Nations : Shaybānī's Siyar*, cit., p. 36; Magid Khaddury, *War and peace in the Law of islam*, cit., p. 58.

non si basa su una interpretazione delle fonti del diritto islamico, ma unicamente su di una valutazione geo-politica della realtà dell'epoca.

L'etica della guerra nella visione dei giuristi musulmani sancisce alcuni capisaldi. La condotta bellica non deve essere un massacro o una devastazione, ed è in questo senso che trova giustificazione l'impunità per i non combattenti. Inoltre, non è lecito entrare in guerra se non dopo aver sufficientemente preavvisato il nemico. Ai prigionieri di guerra viene riservato un trattamento particolare. Infine, l'islam non considera conclusa la guerra fino a quando i nemici non abbiano abbracciato l'islam e non perseverino nel peccato.

Basilare, per carpire ogni genere di informazioni riguardanti il nemico è l'attività degli agenti informatori. Nelle relazioni sociali intra-islamiche, con l'intento di tutelare la morale, l'etica islamica proibisce formalmente la calunnia, il pettegolezzo, le congetture e lo spionaggio: "*O voi che credete! Evitate molte congetture, che alcune sono peccato, e non spiate gli altri, non occupatevi degli affari altrui, e non mormorate degli altri quando non sono presenti*" (Cor XLIX, 12). Tuttavia, quanto previsto all'interno della *umma* non vale al suo esterno, ed infatti le relazioni con il nemico giustificano e rendono lecita l'attività di informazione. Le spie devono essere munite di abilità particolari di travisazione e dissimulazione,[43] devono conoscere le lingue dei popoli ove sono dislocate, e devono possedere doti particolari per percepire, talvolta attraverso la mera osservazione, le intenzioni e gli obbiettivi del nemico.[44] In certi casi, attraverso attività di disinformazione, devono essere capaci di far compiere al nemico determinate mosse, preventivate e volute. Inoltre, i governatori o i comandanti dell'esercito, consci dell'importanza delle loro missioni, devono onorare il lavoro degli agenti, dare riconoscimento alle loro gesta e concedere doni a loro e alle loro famiglie.[45] Le spie nemiche devono essere messe a morte e crocifisse, anche nel caso in cui siano entrate nella *dār al-islam* con un *amān*; se l'agente munito di salvacondotto è una donna verrà messa a morte ma non crocifissa; se è un minore, non verrà ucciso. Se poi è l'agente musulmano o il protetto ad aver trasmesso intelligenze al nemico, non necessariamente sarà messo a morte e sarà l'*imām* a decidere la sua sorte.[46]

---

[43] Sulla dissimulazione applicata alle regole della guerra nell'islam si consulti Raymond Ibrahim, "*How Taqiyya Alters Islam's Rules of War. Defeating Jihadist Terrorism*", in *Middle East Quarterly*, Winter 2010, VII, pp. 3-13.

[44] L'esercito musulmano disponeva di un servizio di infomrazioni organizzato ed efficace. Si veda Ahmad Šalabī, *Al-Ǧihād wa al-Nuẓum al-'Askariyyah fī al-Tafkīr al-Islāmī*, Maktabah al-Nahḍah al-Miṣriyyah, Cairo, 1974, pp. 113-116.

[45] Al-Awsī Al-Ansarī, *Tafrīǧ al-kurūb fī tadbīr al-ḥurūb*, cit., p. 52.

[46] Sul trattamento riservato alle spie si veda Magid Khaddury, *War and peace in the Law of islam*, cit., p. 107.

Quando l'esercito è forte e non logorato da marce o da battaglie precedenti, occorre incrociare le forze nemiche ed attaccarle senza indugio, soprattutto se si ha la percezione che l'avversario versi in una fase calante della sua forza e compattezza. Tuttavia, se l'esercito musulmano si trova in un momento di difficoltà, dovuto alle più svariate ragioni, non va ricercato l'ingaggio ad ogni costo ed anzi vanno proposte o accettate tregue o sospensioni delle ostilità.[47] Lo scopo principale dei soldati è quello di combattere gli avversari, non quello di andare in soccorso dei propri commilitoni in difficoltà. Tuttavia, in alcuni casi è consentito a un musulmano, che sta lottando in un gruppo di credenti contro un gruppo di infedeli, di andare a soccorrere un proprio compagno, quando si è sbarazzato del proprio avversario diretto. Sono approvati gli atti di coraggio, purché non mossi dal desiderio di dimostrare la propria bravura e l'ardimento, e quindi ben può un soldato uscire dalle file nelle quali è inquadrato e muovere da solo contro il nemico.

Nei paesi nemici, l'*imām* può instaurare la legge penale, determinando così una extraterritorialità della norma. Inoltre, nei territori dell'avversario, qualora ci sia una ragionevole idea di non poterli tenere a lungo e di doverli presto abbandonare, sono consentite alcune pratiche viceversa vietate: distruggere le abitazioni, tagliare e bruciare le palme (e gli alberi). Alcuni autori vietano queste attività se è presente anche solo una speranza di poter mantenere i territori conquistati.[48] È consentito sopprimere gli animali appartenuti al nemico e che non vengono altrimenti utilizzati. Le carcasse vanno bruciate se il nemico si ciba di bestie morte. Per il caso specifico delle api, se non vi è intenzione di raccogliere il loro miele, lo sciame può essere disperso.

Le tregue possono essere concesse o richieste esclusivamente dal califfo o dall'*imām*; la loro durata non è limitata, anche se è raccomandato che non superi i quattro mesi. Le condizioni della tregua vanno sempre rispettate, anche se riguardano la restituzione di prigionieri che hanno dichiarato di volersi convertire o che lo hanno già fatto.

IV) *Combattenti, non combattenti, prigionieri di guerra*

I combattenti.

L'obbligo di combattere nelle fila dell'esercito musulmano incombe su coloro le cui qualità fisiche e morali consentono di prendere parte alle ostilità. Il *muğāhid* è il combattente musulmano, di sesso maschile, di maggiore età,

---

47 Al-Suyūṭī, *Mukhtaṣar šarḥ al-ğāmi' al-ṣaġīr*, 'Isā al-Bābī al-Ḥalabī, Cairo, 1954, II, p. 245.

48 Ibn Rušd, *Bidāyah al-Muğtahid wa Nihāiyah al-Muqtaṣid* , Dār al-Kitāb, Beyrut, 2006, p. 85.

sano di corpo e di mente, libero, autorizzato alle armi dai parenti e dai creditori.

L'appartenenza di fede non è un requisito assoluto, poiché è consentito (e la storia dell'islam è costellata da numerosi episodi) di sottoscrivere alleanze con i protetti anche per combattere i nemici comuni. Inoltre, possono essere impiegati infedeli anche nei servizi ausiliari, come nelle demolizioni o nel servire alle catapulte, o anche in attività manuali.[49] Alle donne è consentito di accompagnare i mariti in battaglia e la loro presenza ai combattimenti può addirittura servire ad esaltare il coraggio dei soldati. Pur essendoci diversi episodi storici in cui si descrivono gesta di donne che prendono parte attiva ad alcuni episodi bellici, il *fiqh* abilita soltanto il credente maschio ai combattimenti. È discussa tra i giuristi la possibilità di intervento in guerra del minore autorizzato a combattere. La dispensa esplicita dalle armi per chi non abbia una capacità fisica performante, tale da poter combattere idoneamente il nemico, la si ritrova nel Testo sacro: "*Nessuna colpa al cieco, nessuna colpa allo zoppo, nessuna colpa all'infermo*" (Cor XLVIII, 17). Solo il libero poteva seguire l'esercito musulmano, e non poteva essere inviato al suo posto uno schiavo. Le obbligazioni nei confronti di genitori e parenti sono fondamentali nella società musulmana ed è questo il motivo per cui è necessario il loro benestare per poter andare in guerra, anche perché il fatto di rendersi utili a genitori e parenti è considerato una forma di *ǧihād*. Anche l'autorizzazione del creditore occorre affinché il *muǧāhid* possa partire per la guerra; egli potrà anche fornire una garanzia per il pagamento o lasciare una terza persona quale manlevatore del debito, e ciò indipendentemente dal fatto se il creditore sia musulmano o meno.

Il combattente nel corso delle operazioni, non può discostarsi dall'etica che impone il rispetto di certe regole. In tal senso risulta emblematica la questione inerente gli attacchi su postazioni nelle quali sono stati posizionati scudi umani. Una fortezza assediata dalle forze musulmane ed ospitante non combattenti costituisce sempre un obbiettivo militare il cui attacco risulta lecito. Tuttavia, quando nella fortezza si trovano dei prigionieri o dei non combattenti musulmani, la maggioranza dei giuristi ritiene che vadano evitati gli attacchi indiscriminati, come ad esempio quelli portati con le catapulte: "*E se non fosse stato per uomini credenti e donne credenti che avreste potuto calpestare nella mischia non riconoscendoli, sì che vi avrebbe colpito inconscio delitto, avreste assalito i nemici*" (Cor XLVIII, 25).[50] Ciò vale a maggior ragione quando il nemico espone sulle mura degli scudi umani.

---

[49] Valentina Piacentini, *Il pensiero militare nel mondo musulmano*, Franco Angeli, Torino, 1996, 290.

[50] Per le opinioni discordanti, si veda Al-Awsī Al-Ansarī, *Tafrīǧ al-kurūb fī tadbīr al-ḥurūb*, cit., pp. 117.

Anche gli ambasciatori e gli inviati giocano un ruolo importante nelle sorti della guerra. Per essi, sono richieste alcune caratteristiche specifiche. Devono essere dotati di acume e di intelligenza superiori alla media, esperti negli affari di Stato, sinceri e non troppo avari, coraggiosi ed audaci, versati nell'arte di parlare e di rispondere.[51]

Di norma, gli ambasciatori e gli emissari nemici sono coperti da un salvacondotto e la loro vita va risparmiata.

La scienza della guerra nell'islam ha riservato grande rilevanza all'arte dell'inganno e degli stratagemmi, cui il Profeta espressamente si è richiamato.[52] La logica vuole che le vittorie conseguite attraverso l'eccellenza degli stratagemmi e la grazie dell'ingegno, mettendo al sicuro gli eserciti e senza dispendio di sangue e fatica, siano le migliori, le più salutari e le più alte in valore e grado. Numerosi sono i sotterfugi e gli espedienti adottati nella conduzione delle operazioni belliche dai vertici militari musulmani, non ultimi la corruzione e la falsificazione di lettere e documenti ufficiali.[53]

Il trattamento riservato alle spie al servizio del nemico varia se l'agente informatore sia musulmano, tributario, o un nemico infiltratosi in terra islamica. Se si tratta di un credente, le opinioni sono diverse: alcuni mālikiti propendono per la messa a morte, mentre in base alla maggior parte dei pareri all'interno di questa scuola si ritiene applicabile una pena discrezionale laddove la pena di morte va comminata unicamente al recidivo; i giuristi ḥanafiti escludono la messa a morte e prevedono l'applicazione di una pena discrezionale; Abū Yūsuf prescrive l'applicazione di una pena dolorosa (anche le frustate) e l'imprigionamento protratto fino al pentimento. Se la spia è un *ḏimmī*, seguendo generalmente quanto previsto per i musulmani, le scuole convergono sull'applicazione di una pena dolorosa e l'imprigionamento protratto fino al pentimento. Nel caso in cui un soggetto sia entrato nella *dār al-islam* con un *amān* e si sia dedicato alla trasmissione di intelligenze al nemico, per gli ḥanafiti dovrà essere messo a morte, mentre per gli šāfiʻiti dovrà essere soltanto espulso. Le spie nemiche devono essere messe a morte.[54]

---

[51] Per le doti richieste agli ambasciatori, si rinvia a Al-Ǧaḥiẓ, *Kitāb al-Tāǧ*, Ed. Ahmed Zaki Pasha, Cairo, 1914, p. 122; Muhamamd Hamidullah, *Corpus des traités et lettres diplomatiques de l'Islam à l'époque du Prophète et des Khalifes Orthodoxes*, Maisonneuve, Paris, 1935, nn. 14-16 e 37-40.

[52] In un noto *ḥadīṯ*, viene riportato che Muḥammad asserì "*la guerra è inganno*": Al-Buḫārī, *Ṣaḥīḥ*, Al-Maktaba al-A'ṣrīya, Beyrut, 2006, XIII, p. 32.

[53] Per una loro elencazione, si veda Al-Ǧaḥiẓ, *Kitāb al-Tāǧ*, cit., pp. 177 e ss..

[54] Sul trattamento specifico riservato alle spie si veda Magid Khaddury, *War and peace in the Law of Islam*, cit., p. 107; Ammeur Zemmali, *Combattants et Prisonniers de Guerre en Droit Islamique et en Droit International Humanitaire*, cit., p. 375 e ss.

I non combattenti.

Oltre alla protezione generale concessa a *musta'mīn* e *ḏimmī*, l'islam accorda un regime di protezione speciale ad alcune categorie di soggetti non combattenti: donne, minori, anziani, disabili (ciechi, malati, alienati mentali), religiosi, *'asīf* (impiegati, coloni e simili). Donne e minori non possono essere bersagliati da attacchi e colpi tuttavia, mentre il minore viene in ogni caso perdonato, se la donna gioca un ruolo attivo nel conflitto, secondo alcuni perderà la sua immunità.[55] Analogamente, non è consentito colpire gli anziani, a meno che non si rifiutino di pagare la *ǧizya* o qualora prendano parte attiva al conflitto. Anche le persone non abili al combattimento, quali il cieco, l'ammalato, l'incapace e l'alienato mentale vanno risparmiate.[56] Alcuni giuristi ritengono che se l'alienato mentale sia fisicamente abile a combattere e se, a maggior ragione, supporti il nemico, non dovrà essere risparmiato. Per quel che concerne le figure dei religiosi (eremiti, monaci, rabbini), seguendo l'esempio del Profeta che espressamente ne comandò l'immunità, la *sunna* proibisce di attaccare questa specifica categoria.[57] Nel contesto bellico, i giuristi musulmani inseriscono nella categoria degli *'asīf* coloro che sono salariati dal nemico, come i coloni o i mercanti, anche se operano sul campo di battaglia, ma senza prendere parte attiva alle ostilità, limitandosi ad esempio alla preparazione e distribuzione del cibo e al ricovero degli animali.

I prigionieri di guerra.

Un regime particolare viene concesso ai prigionieri di guerra. Nella dottrina classica, una volta catturati, sono cinque i possibili esiti della prigionia dettati dalle posizioni divergenti dei giuristi: la messa a morte, la schiavitù, la liberazione dietro riscatto, lo scambio, la liberazione senza condizioni.

L'esecuzione dei "cattivi" ovvero dei prigionieri di guerra, prima ancora della formazione delle scuole giuridiche, ha avuto due correnti di pensiero: una prima, basata sull'interpretazione di Cor VIII, 67 "*Non è degno d'un profeta il possedere prigionieri prima d'aver duramente colpito sulla terra i nemici di Dio*" e Cor IX, 5 "*Quando poi saran trascorsi i mesi sacri, uccidete gli idolatri dovunque li troviate, prendeteli, circondateli, appostateli ovunque in imboscate*", si pronuncia per la immediata messa a morte dei prigionieri i quali, quindi, non diventano prigionieri di guerra ma restano nemici che

---

[55] Di tale avviso è Al-Qarāfī, *Al-Dhakhīrah*, Dār al-Ġarb al-Islāmī, Beyrut, 1988, III, p. 399; di avviso contrario i giuristi mālikiti.

[56] Sulle cui nozioni si rimanda a Al-Kāsānī, *Badā'i'*, Dār al-Kutub al-'ilmiyya, Beyrut, 1986, XVII, p. 101.

[57] Al-Nawawī, *Kitāb al-Maǧmū'*, Dār Ihyā' al-Turāth al-'Arabī, Cairo, 1415/1997, XXI, p. 58.

vengono soppressi proprio perché non c'è volontà di fare prigionieri; l'altra, basata su Cor XLVII, 4 "*E quando incontrate in battaglia quei che rifiutan la fede, colpite le cervici, finché li avrete ridotti a vostra mercé, poi stringete bene i ceppi: dopo, o fate loro grazia oppure chiedete il prezzo del riscatto, finché la guerra non abbia deposto il suo carico d'armi*", vi si oppone. Nonostante l'esistenza di una duplice tendenza, la regola determinata dalla prassi sembra essersi stabilita per la salvezza della vita dei prigionieri di guerra. Ciò è confermato tanto dal comportamento del Profeta il quale, dopo la battaglia di Badr, consigliatosi con i suoi compagni, seguendo l'indicazione di Abu Bakr (favorevole al risparmio della vita e alla richiesta di riscatto) e non accettando quella di 'Umar (assertore dell'altra tendenza, propensa all'esecuzione), salvò la vita dei prigionieri, quanto anche è ribadito dalla presenza di eccezioni, in cui tuttavia la messa a morte dei "cattivi" non fu eseguita in quanto avversari, ma per la loro condotta particolarmente impavida e per il conseguente grado di pericolosità dimostrato durante le azioni militari.[58] Le scuole giuridiche hanno poi elaborato una loro interpretazione della materia; la maggior parte dei giuristi lascia la decisione sulle sorti dei "cattivi" all'*imām*, in conformità con le esigenze del momento della *umma*. Abū Ḥanīfa lascia all'*imām* la possibilità di scegliere unicamente tra esecuzione e schiavitù, mentre Abū Yūsuf ammette anche lo scambio tra prigionieri. Tutti i giuristi affermano che, in caso di conversione, non vi sarà più esecuzione né altra conseguenza.

La riduzione in schiavitù[59] è una soluzione adottata dalla prassi e dalle scuole giuridiche. Corano e *sunna* incoraggiano la liberazione degli schiavi, considerata come una atto pio elevato, ed i giuristi hanno elaborato quattro condizioni per mettere fine alla schiavitù:

– la liberazione spontanea da parte del padrone, quale atto meritorio e quale espiazione religiosa (*kaffāra*), tenuto anche conto che una delle otto destinazioni del gettito della *zakāt* è proprio la liberazione degli schiavi;

– l'affrancamento dopo la morte del padrone, quale esecuzione delle sue volontà;

– l'affrancamento contrattuale, istantaneo o a termine, favorito anche dal Corano;[60]

– il caso della *umm walad*. L'unica forma di concubinato permessa dall'i-

---

[58] Al-Wāqidī, *Kitāb al-Maġāzī*, Oxford University Press, Londra, 1966, I, p. 138.

[59] Le due principali cause di schiavitù nei paesi islamici erano l'origine servile e la "cattività" in guerra: Ammeur Zemmali, *Combattants et Prisonniers de Guerre en Droit Islamique et en Droit International Humanitaire*, cit. p. 416.

[60] "*quanto a quelli dei vostri servi che desiderano lo scritto di manomissione, concedeteglielo, se li sapete buoni, e date loro delle ricchezze di Dio e che egli ha dato a voi*" (Cor XXIV, 33).

slam è quella tra la schiava e il suo padrone; se dall'unione nasce un figlio la cui paternità è attribuita al padrone, la schiava diventa "madre del figlio", con la conseguenza che non potrà più essere venduta e otterrà la libertà alla morte del padrone, mentre il figlio è libero dalla nascita.

Si è visto che già alla battaglia di Badr il Profeta, seguendo il consiglio di Abu Bakr, liberò i prigionieri di guerra dietro il pagamento di un riscatto. Da allora, questa usanza divenne frequente da entrambe le parti contendenti, durante le contese tra musulmani e bizantini, in occasione delle crociate[61] ed a seguito delle scorrerie di pirati e corsari soprattutto all'epoca delle cosiddette "Reggenze barbaresche".[62] L'onere di liberare i credenti caduti in cattività degli infedeli incombe sul tesoro pubblico.[63] Da parte cristiana, venero create istituzioni per la "redenzione dei cattivi", vere e proprie missioni benefiche che ricercavano fondi e programmavano i viaggi per concludere i riscatti.[64]

Lo scambio tra prigionieri di guerra fu una pratica diffusa sin dall'epoca del Profeta, ed è regolamentato da disposizioni speciali, che seguono in genere il criterio "uno per uno".[65]

Infine, per quanto riguarda la liberazione incondizionata, essa può essere sia individuale che collettiva. Fu adoperata anche a Badr, quando il Profeta liberò dietro riscatto alcuni prigionieri, trattenendone altri per un certo periodo, in cui furono impiegati nella istruzione dei bambini musulmani, per poi essere rimessi in libertà.[66]

Durante la prigionia, il musulmano caduto in cattività può continuare a coabitare con la propria moglie e con il suo schiavo (divenuto anch'egli "cattivo"). Il prigioniero musulmano non può tradire la fiducia accordatagli dal suo padrone infedele e da lui accettata liberamente, essendogli così preclusa la fuga e l'omicidio.

Il dato complessivo dell'analisi, consente di affermare che, in tempo di guerra, il trattamento riservato dal diritto islamico alle diverse categorie dei

---

[61] Su questi periodi storici una discreta panoramica è offerta da Peter Partner, *Il Dio degli eserciti. Islam e Cristianesimo: le guerre sante*, Einaudi, Torino, 1997.

[62] Su quest'ultimo particolare aspetto, si rimanda all'ingente produzione di Salvatore Bono. Tra gli altri, Salvatore Bono, *I corsari barbareschi*, ERI, Torino, 1964; Salvatore Bono, "*Istituzioni per il riscatto di schiavi nel mondo mediterraneo. Annotazioni Storiografiche*", in *Nuovi studi livornesi*, VIII (2000), pp. 29-43.

[63] Abu Yūsuf, *Kitāb al-ḫarāǧ*, cit., p. 196.

[64] È noto lo *status* di illustri "cattivi" quali S. Luigi e Cervantes, riscattati dopo un periodo di prigionia.

[65] Per approfondimenti, Al-Ṭabarī, *Tārīk al-Ṭabarī : Tārīk al-Mulūk*, Dār al-Kutub al-'ilmiyya, Beyrut, 2001, XI, pp. 19-21.

[66] Ammeur Zemmali, *Combattants et Prisonniers de Guerre en Droit Islamique et en Droit International Humanitaire*, cit. p. 421.

soggetti nemici che possono essere coinvolti, attivamente o passivamente, nelle operazioni belliche, può essere così riassunto. Tra le fila dei combattenti, i militari vanno messi a morte; gli ambasciatori e gli emissari vanno risparmiati e tutelati; per le spie, secondo le diverse opinioni delle scuole giuridiche è prevista la messa a morte, l'espulsione o l'imprigionamento. Tra quelle dei non combattenti, le donne, i minori, gli anziani, i ciechi, gli ammalati, gli incapaci, gli alienati mentali, i religiosi e i *clientes* del nemico (salariati, coloni, mercanti e servi) vanno generalmente risparmiati, a meno che non abbiano preso parte attiva al conflitto e, in tal caso, alcuni tra essi possono essere messi a morte (mai i minori). Le sorti riservate ai prigionieri di guerra variano, andando dalla riduzione in schiavitù, alla liberazione dietro riscatto, allo scambio, alla liberazione incondizionata.

Se questo è il substrato legale del trattamento riservato ai nemici, appare chiaro come le esecuzioni da parte dell'I.S.I.S. di soggetti catturati e resi prigionieri, non seguono le norme previste in materia dalla *šarī'a* ed, anzi, risultano contrarie alla legge sacra dell'islam. Infatti:

- Se i soggetti (che sono stati sequestrati ed alcuni uccisi) vengono ritenuti combattenti, secondo una prima interpretazione giuridica devono essere trattati alla stregua di ogni nemico e quindi immediatamente messi a morte ma non fatti prigionieri; secondo un'altra visione, possono diventare prigionieri di guerra ma, in tal caso, non possono essere ammazzati, *tertium non datur*.
- Se tali soggetti non vengono ritenuti combattenti, possono essere anche ridotti in schiavitù, ma non possono essere messi a morte.

Dunque, il *modus operandi* dell'I.S.I.S. nei confronti dei soggetti catturati durante operazioni belliche non è conforme alla legge religiosa, per cui si deve affermare che le condotte esulano da ciò che è prescritto e da ciò che è consentito dalla *šarī'a*, dovendo essere inquadrate come comportamenti quantomeno biasimevoli per l'islam, se non addirittura illeciti.[67] Questa prima conclusione viene ulteriormente modulata da altre notizie, sempre filtrate dai media, riguardanti l'esecuzione di ostaggi, nel frattempo convertitisi all'islam durante la cattività. Se un prigioniero di guerra, un ostaggio o anche un nemico, si converte alla "vera fede" diventa un musulmano e, come tale, è destinatario di tutte le prerogative derivanti dall'appartenenza all'islam, non ultima quella della integrità fisica: "*Non è lecito versare il sangue di un musulmano se non in tre*

---

[67] Ogni azione del musulmano viene classificata dalla *šarī'a* in cinque categorie legali: 1- obbligatoria, doverosa o necessaria; 2- meritoria, desiderabile o raccomandata (degna di ricompensa se effettuata ma non punibile se omessa); 3- lecita o permessa (non premiata né punita); 4- biasimevole o riprovevole (non punita ma disapprovata e rimproverata); 5- illecita e vietata.

casi: di chi, essendo sposato, commette adulterio; di chi deve pagare vita per vita; di chi rinnega la propria religione e abbandona la comunità"[68]. Ciò a maggior ragione se il prigioniero ammazzato è nato musulmano (è il caso del pilota giordano arso vivo) e non vi è quindi nessun sospetto di una conversione opportunistica operata *in limine litis*. Questo ulteriore rilievo, consente di calibrare meglio le azioni dell'I.S.I.S., inquadrandole come contrarie ai precetti della religione musulmana e, quindi, vietate e colloca lo stesso Stato islamico al di fuori della religione.

V) *Dīn, dunya wa dawla: dalla motivazione religiosa a quella politica*

Se, quindi, le azioni del nuovo califfato non trovano alcun fondamento nella religione islamica (combattere *fī sabīl Allah*, sulla via di Dio), queste condotte possono essere mosse unicamente da logiche politiche. E in quest'ottica, si deve posizionare tale *modus agendi* nelle apposite categorie del diritto islamico riguardanti i reati politici: ribellione (*aḥkām al-buġāh*) e terrorismo (*ḥirāba*).

Entrambe queste condotte rientrano tra i reati più gravi per l'islam, i peccati maggiori, che attentano alla religione nella sua accezione generale ed estesa, intesa come valore primario della società islamica, basilare per i credenti e di esempio per i miscredenti. Il Corano sancisce le fattispecie e fissa le pene relative in maniera fissa e inderogabile, poiché la loro integrazione significa aver travalicato il limite imposto da Allah: *questi sono i limiti di Dio: non oltrepassateli, che quelli che oltrepassano i termini di Dio sono gli empi* (Cor II, 229). Le pene previste vengono definite *ḥudūd*, e generano una azione penale che opera su un piano pubblicistico di indisponibilità, indefettibilità e non negoziabilità.

Il reato di terrorismo è la condotta punita più duramente tra tutte le sanzioni *ḥudūd* e, proprio a causa della severità di tale pena, è importate tenerlo distinto non solo dagli altri delitti, quanto soprattutto dall'altro reato politico esistente nel diritto islamico, appunto quello di ribellione. A tal proposito, i giuristi musulmani hanno elaborato una sorta di tipizzazione della condotta di *ḥirā ba*, onde separare ciò che effettivamente deve essere ricompreso nella fattispecie rispetto ad altri atti che possono, viceversa, essere collocati in una diversa forma di avversione politica. La storia più risalente dell'islam è costellata da un certo numero di scismi eminentemente politici che, spesso, sono sfociati in una aperta

[68] Noto *ḥadīṯ*, riportato da Al-Buḫārī, *Ṣaḥīḥ*, Al-Maktaba al-A'ṣrīya, Beyrut, 2006, VIII, p. 196.

ribellione. Il più importante fu quello condotto contro il IV Califfo, ʻAlī b. Abī Ṭālib, ad opera dei compagni del Profeta Ṭalḥah e al-Zubayr, unitamente ad ʻĀ'iša (la seconda moglie di Muḥammad), quindi dal governatore della Siria, Mu'āwiya b. Abī Sufyān ed infine dai *ḫāriğiti*, che assassinarono il Califfo.[69] La clemenza di ʻAlī nei confronti degli insorti, nella sua carica di capo dello Stato islamico, costituirono un precedente che ebbe influssi notevoli nella speculazione giuridica successiva. Gli omayyadi e gli ʻabbasidi non furono così tolleranti nei confronti dei ribelli. La loro tendenza fu piuttosto quella di applicare le punizioni più severe previste per la *ḥirāba* ai ribelli ed ai dissidenti politici.

Lo strumento giuridico previsto a tutela della comunità e dei singoli credenti, al servizio dell'autorità costituita, è la *šarī'a*, che tuttavia non aveva previsto e quindi codificato una situazione ibrida, come quella che si veniva a creare con la ribellione: una zona intermedia tra lo Stato islamico e il territorio dei nemici; i ribelli, che erano fedeli musulmani, ma che non ubbidivano alle regole e ai comandi dell'autorità.

I giuristi svilupparono quindi delle regole specifiche sulla ribellione, basate su Cor XLIX:9 "*E se due gruppi di credenti si contendono, riconciliateli. Se un gruppo si ribella contro l'altro, combattete il gruppo che si ribella, finché non si sarà conformato all'ordine di Allāh. Poi, se si sarà conformato, riconciliatelo secondo giustizia e siate equitatevoli poiché Allah ama coloro che si comportano secondo equità*", nonché alla luce del precedente, regolato da ʻAlī. Secondo questa elaborazione, gli insorti dovevano essere perseguiti e riportati all'ubbidienza, ma non uccisi né torturati; inoltre, non potevano essere giudicati per eventuali omicidi o danneggiamenti commessi durante il corso della ribellione né i loro beni potevano essere confiscati. Potevano essere unicamente puniti, secondo alcuni giuristi, i crimini scollegati dallo scopo politico legato alla insurrezione, come ad esempio la violenza carnale.[70]

Vennero così emarginate due considerazioni principali affinché una determinata condotta potesse integrare la fattispecie di ribellione e non quella di *ḥirāba*.

La prima considerazione è che i ribelli sono motivati dal *ta'wil*, ovverosia da "un'interpretazione plausibile" che potrebbe giustificare, almeno nelle loro menti, la ribellione come strumento per compiere o rettificare il noto precetto coranico *al-amr bi'l-ma'rūf wa'l-nahī ʻan al-munkar*, secondo il quale biso-

---

[69] Sul periodo storico, si suggerisce la lettura di Claudio Lo Jacono, *Profilo storico del mondo musulmano*, cit., pp. 56 e ss.

[70] Si veda più diffusamente Khaled Abou El Fadl, *Rebellion and violence in islamic law*, cit., pp. 153-160.

gna promuovere il bene ed impedire il male,[71] nei confronti dell'autorità che, secondo la loro ricostruzione, sta agendo in maniera illegittima. Non importa se l'interpretazione elaborata dai ribelli risulti errata o anche eterodossa, ciò che conta è che sia plausibile, che la lettera delle fonti primarie del diritto possa in qualche maniera giustificare tale diversa lettura. Infatti, la motivazione dei ribelli va ricercata nell'ambito politico che, soprattutto in tale contesto, va ben distinto da quello religioso. È difatti pacifico ritenere la ribellione di Ṭalḥa, al-Zubayr ed 'Ā'iša giustificata da una plausibile motivazione, di carattere eminentemente politico-dinastico, che li fece insorgere contro 'Alī; ed è anche questa la ragione per la quale 'Alī stesso non infierì nei loro confronti e non perseguì l'assassinio del suo predecessore 'Uṯmān. In buona sostanza, la convinzione – anche se errata – in capo ai ribelli della obbligatorietà del loro operare, in risposta all'obbligo di agire quali buoni musulmani, nell'ambito però di un discorso politico avulso da tutto ciò che è religione, non rende applicabili, nei loro confronti, le pene previste per la *ḥirāba*. In ogni caso essi sono colpevoli (anche se meritevoli di sanzioni più lievi) poiché essi non hanno attivato i mezzi legittimi per "incartare" le loro rimostranze o per conseguire e realizzare la giustizia sociale. Sulla prima considerazione, non tutti i giuristi si trovarono d'accordo. Un eminente studioso mālikita, sosteneva che anche se un governante richiedeva il pagamento di una tassa ingiusta, gli si doveva obbedienza. Per lui, un governante rivestiva uno *status* equivalente a quello del Profeta, e gli si doveva obbedienza come si obbediva al Profeta. La sola differenza, in caso di governante corrotto, era il potere e dovere pregare Allah affinché lo guidasse sulla retta via.[72]

La seconda considerazione è che i ribelli, per essere considerati tali, sono sostenuti da un sufficiente livello di forza, misurato principalmente dai numeri e dalla preparazione militare.[73] Ciò perché essi devono essere sufficientemente numerosi da indicare che il malcontento nei confronti dei governanti è largamente diffuso. Sui numeri, le opinioni dei giuristi differiscono. Un autore fissa il tetto minimo a 10 persone.[74] Tuttavia, poiché non vi è una previsione normativa, ma è una regola di esperienza, il numero può crescere o decrescere a seconda del pensiero dei singoli e della valutazione delle autorità. Questa analisi ha l'effetto di riservare l'applicazione della norma meno restrittiva della ribellione anche ai casi più rilevanti e più diffusi di pubblica ostilità. Ne

---

[71] Il concetto è espresso in Cor III:104-110.

[72] Vincent Lagardere, *Histoire et société en occident musulman au moyen age; analyse du Mi'yār de Al-Wanšarīsī*, Casa de Velazques, Madrid, 2004, V, p. 34.

[73] Khaled Abou El Fadl, *Rebellion and violence in islamic law*, cit., p. 160.

[74] Al-Qarāfī, *Al-Dhakhīrah*, cit., p. 6.

discende che il motivo che spinge un gruppo a ribellarsi deve essere serio e sufficientemente diffuso, da arruolare un numero sufficiente di fiancheggiatori. Viceversa, a piccoli gruppi di estremisti, idealisti, banditi o terroristi verrà negata l'applicazione della disciplina più favorevole prevista per i ribelli e verrà loro applicata quella più pregiudizievole prevista per la *ḥirāba*, che in effetti risulta il crimine punito più severamente dall'islam, poiché, limitando la libera circolazione delle persone, inibisce i traffici commerciali ed impedisce alla gente di potere guadagnarsi da vivere.[75]

Queste pene sono espressamente descritte in Cor V, 33-34, ed è, questo, l'unico riferimento alla *ḥirāba* nel sacro testo: "*In verità, la ricompensa di coloro che intraprendono una guerra contro Allah ed il suo messaggero e che si adoperano per diffondere la corruzione sulla terra è la morte, la crocifissione, il taglio delle mani e dei piedi dai lati opposti, o l'esilio. Questo rappresenta per loro l'ignominia in questa vita. Nell'al di là, riceveranno un castigo peggiore. Fanno eccezione coloro che si saranno pentiti prima di essere soggiogati. Sappiate, in questo caso, che Allah è Misericordioso e Compassionevole*".

A ben vedere, rapportando alle azioni del nuovo Califfato i due requisiti richiesti dal diritto islamico affinché si ritenga integrata la condotta di ribellione e perché vengano applicate le relative pene, meno severe rispetto a quelle per il terrorismo, vediamo che probabilmente una sola caratteristica potrà essere ritenuta applicabile: quella del sufficiente livello di forza e di potenzialità militare tra i ribelli, certamente presente nell'I.S.I.S. Viceversa, in riferimento al secondo tratto distintivo richiesto, si è già visto come il *ta'wil*, ovverosia una interpretazione plausibile e condivisibile delle fonti ed una buona fede nel ritenere di comportarsi in maniera islamicamente adeguata e corretta, sia radicalmente assente tra gli aderenti allo Stato islamico, i quali agiscono in maniera del tutto scollegata rispetto alle regole della *šarī'a*.

L'analisi porta a concludere che i comportamenti assunti dagli appartenenti all'I.S.I.S. nei confronti dei soggetti catturati e messi a morte, costituiscono atti di terrorismo, del tutto contrari alla religione islamica.

---

[75] Al-Qurṭubī, *Al-ğāmi' li-aḥkām al-Qur'ān*, Dār al-Fikr, Beyrut, 1999, III, p. 88.

LUGANO 27 e 28 Marzo 2014. Convegno Internazionale sulla “Libertà religiosa nell’età post-secolare”

ANGELA VALLETTA - ANTONELLA ARCOPINTO

Dal 27 al 28 Marzo 2014 si è svolto presso la Facoltà di Teologia di Lugano in Svizzera un Convegno Internazionale avente ad oggetto tematiche legate alla libertà religiosa, proponendosi di riflettere sulle sue basi filosofiche, teologiche e giuridiche nonché di analizzare gli strumenti giuridici diretti a configurare tale libertà come un diritto fondamentale ed inalienabile dell’ordinamento internazionale.

Il convegno si è articolato in tre giornate, prevedendo ogni giorno, nella fascia mattutina e serale, una Sessione di Dibattito aperta a tutti i partecipanti.

I

La prima sessione di lavori è iniziata con i saluti introduttivi del prof. Vincenzo Pacillo, (Professore associato di Diritto Canonico ed Ecclesiastico nell’Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Professore a contratto di Rapporti Stato - Chiesa nella Facoltà di Scienze politiche dell’Università degli studi di Padova, nonché Professore di Diritto Ecclesiastico Svizzero, Facoltà di Teologia di Lugano) e, con una breve relazione del Pr. David Jennah (Chiesa Avventista del Settimo Giorno), nella quale sono state sottolineate le problematiche che il Convegno si è proposto di affrontare. Molto interessanti poi le relazioni del prof. Francesco D’Agostino (Professore ordinario di Filosofia del Diritto nell’Università di Roma Tor Vergata) e del prof. Adriano Roccucci (Professore ordinario di Storia Contemporanea nell’Università di Roma Tre) che hanno analizzato sotto il profilo storico, filosofico e giuridico il principio di libertà religiosa. In particolare la relazione del prof. Adriano Fabris, ordinario di Filosofia morale nell’Università di Pisa nonché Direttore del Master ReTe nella FTL, ha riguardato il rapporto religioni - spazio pubblico che nella società attuale, sempre più multireligiosa e multiculturale, risulta essere frutto di numerose riflessioni e problematiche

da governare e, laddove possibile, da risolvere nel contesto delle democrazie occidentali contemporanee.

Il professore Fabris ha ritenuto opportuno analizzare solo quelle occidentali perché in altri contesti, storici o geografici, la necessità di affrontare il rapporto tra religioni e politica o non si pone affatto oppure è già stato risolto alla radice. Non si pone affatto se l'esperienza religiosa non è tale da configurarsi secondo quel plurale le "religioni", appunto che la declina inevitabilmente in forme istituzionali insieme compresenti e diverse fra loro. È risolto alla radice, o si ritiene che lo sia, se lo spazio pubblico conosce una ben precisa gerarchia fra le religioni (fino ad ammettere il riferimento ad una sola di esse), oppure finisce per subordinare ad una mentalità "laica" qualunque interesse religioso.

Il lavoro mira ad evidenziare l'atteggiamento che uno Stato occidentale che si definisce laico mostra nei confronti della religione e soprattutto il suo mostrarsi garante della libertà religiosa. In particolare viene affrontato il problema, nei delicati rapporti tra religioni e politica, che inerisce la corretta gestione dell'universalità non già dunque in prospettiva religionistica, storica o sociologica bensì meramente filosofica.

Oggi si assiste, anzitutto, ad "un'evidente compresenza di culti e religioni in uno stesso spazio geografico e culturale: una compresenza che necessita di essere regolamentata, salvaguardando però la libertà ad esprimersi che ogni culto deve vedersi garantita in un contesto democratico. Ecco il primo elemento, il primo tema che si ricollega al dato di fatto dell'esistenza di una pluralità religiosa. C'è però anche, in parallelo, un altro aspetto: quello riguardante l'esistenza di pellegrini del sacro che si muovono liberamente nello stesso spazio e chiedono, anzitutto alle rispettive Chiese, un'analoga libertà di espressione. Sono coloro che oggi vivono in maniera creativa, a volte sincretistica, molto spesso grazie all'aiuto delle nuove tecnologie, la propria esperienza di fede".

Molto spesso però accade che, a buon diritto o per motivi polemici, le religioni vengono identificate con la versione fondamentalistica di esse. "Il fondamentalismo, come lo stesso Fabris scrive, è una malattia che affligge non solamente la mentalità religiosa, ma ogni forma di pensiero che ritenga di avere un accesso esclusivo, privilegiato e immediato all'assoluto". C'è anche però chi mostra un atteggiamento di indifferenza al fenomeno religioso, "atteggiamento che mette fra parentesi appunto ogni differenza fra chi è coinvolto in una dimensione religiosa e chi non lo è".

L'indifferenza non riguarda solo il rapporto tra essere umani e mondi religiosi ma anche ciò che accade all'interno di essi. Per cui, ad esempio, c'è chi oggi si dice cristiano, e magari cattolico, manifestando però piena indif-

ferenza nei confronti dei precetti e delle indicazioni che provengono dalla sua istituzione di riferimento.

Il modo in cui in Occidente si è provveduto a governare le differenze è stato l'adozione di due tipi di modelli: quello del multiculturalismo (che caratterizza l'approccio anglo-americano alla questione) e quello dello statalismo (qual è stato realizzato nel contesto francese).

Entrambi, scrive Fabris, sono considerati inopportuni. Il primo perché afferma la libertà di espressione da parte delle religioni nell'agone pubblico. In definitiva, qui, la libertà delle comunità religiose è intesa allo stesso modo della libertà degli individui: cioè come "una regolamentazione del libero arbitrio nelle sue espressioni pubbliche attraverso l'individuazione di norme generali".

Il secondo, invece, prevede che i fedeli siano da considerare anzitutto come cittadini quindi subordinare la loro identità religiosa a quella civile e politica che si trova su di un territorio neutro e neutrale.

Ne consegue che i valori della comunità sono da considerarsi anzitutto come qualcosa di non religioso perché la religione è vista come appartenente alla sfera interiore di un individuo. Ne deriva l'inevitabile fallimento perché l'uno ha dato troppo spazio all'identità religiosa intesa soprattutto come identità di una comunità; l'altro, considerandola come identità dell'individuo, gliene ha lasciato troppo poco. Ma il problema è soprattutto riflettere su cosa si intende per diritto di libertà religiosa perché il paradosso più grande è che gli Stati democratici non conoscono in fondo il significato e la portata di tale diritto, soprattutto del termine libertà.

A conclusione della relazione il prof. Fabris ha prospettato delle possibili soluzioni o meglio indicazioni per risolvere il problema affrontato. Anzitutto occorre ripensare "il concetto di identità" intesa non solo nella sua accezione "chiusa", esclusiva e escludente ma anche come "identità aperta" nel senso che il soggetto si comprende anzitutto nella sua dimensione relazionale.

Con la promozione di un'identità aperta soprattutto all'interno degli stessi ambiti religiosi, viene ad emergere e a realizzarsi una forma diversa di collegamento fra particolare ed universale. Quindi viene ad essere rivisitata la stessa nozione di "universale" che non è più qualcosa di fisso, di stabilito una volta per tutte, qualcosa semplicemente da contemplare, come accadeva nel caso delle idee platoniche. Bisogna invece intendere l'universale nei termini di una dinamica di progressiva apertura, relazione, condivisione. "Si tratta della condivisione di ciò che, per gli esseri umani, è già comune: un'identità relazionale, una relazionalità messa in opera dall'uso del linguaggio, il riferimento a principi capaci di orientare i pensieri e le azioni di ciascuno, motivandoli ed evitando di cadere nell'indifferenza".

Dunque, il nesso tra particolare ed universale non si pone nei termini di un'identificazione, ovvero nella forma di quel corto circuito che è proprio dei fondamentalismi.

Se c'è un assoluto a cui far riferimento nello spazio pubblico, conclude Fabris, questo è l'assoluto della relazione che si riconferma come tale solo se si concretizza nei rapporti con l'altro. Ciò, dunque, si realizza solo se viene meno il suo carattere di "assoluto" intendendo con tale termine quel che, a partire da questa prospettiva relazionale, viene rigettato nella sua forma più rigida, intransigente e dogmatica.

II

La seconda sessione di lavori è iniziata con le relazioni del dott. Ganoune Diop (Dipartimento per la libertà religiosa, Chiesa avventista del settimo giorno), del prof. Antonio Fuccillo (Professore ordinario di Diritto Ecclesiastico, Seconda Università di Napoli) e del prof. Luca Vespignani (Professore associato di Diritto Costituzionale, Università di Modena e Reggio Emilia) che hanno affrontato il particolare aspetto della libertà religiosa negata analizzando le persecuzioni e i conflitti religiosi nel XXI secolo.

Il prof. Fuccillo, nella sua relazione, sostiene che la convinzione ormai diffusa secondo cui "le lotte religiose siano ormai racconti di ammuffiti libri di storia, o, tutt'al più, riguardino i Paesi sottosviluppati" sia assolutamente un mito da sfatare. Si tende ad ignorare, infatti, il dato che il fattore religioso sia uno dei motori sociali dei nostri tempi, costitutivo da un lato dell'appartenenza ad un gruppo, dall'altro momento di diversità culturale dei singoli e dei popoli.

La "questione religiosa" non riguarda solo chi abbraccia una determinata fede e che deve convivere sul medesimo territorio con soggetti aventi credenze e valori diversi, spesso contrastanti, ma anche i non credenti che, non soltanto al pari dei primi, hanno volontà e difficoltà ad ottenere spazi di azione e di tutela sempre più ampi, ma addirittura, con difficoltà, riescono ad affermare la propria visione del mondo in quei posti che hanno ordinamenti giuridici fortemente influenzati dai diritti confessionali.

Si sta dunque portando il fattore religioso sempre più all'attenzione del diritto visto come scienza deputata al raggiungimento della "pace sociale", essendo lo stesso elemento caratterizzante e problematico di tutte le società moderne che spesso tendono, nascondendosi dietro il velo di una sbandierata laicità, a porsi con indifferenza e superficialità nei confronti della religione, inducendo in alcuni casi chi proclama una determinata fede a reclamare il proprio spazio mediante atti violenti.

La negazione della libertà religiosa, ribadisce il prof. Fuccillo, è problema

di ogni società contemporanea, anche di quelle che si ergono a baluardi della democrazia nel momento in cui non consentono a coloro che hanno credenze, fedi, culture diverse da quelle della maggioranza di accedere liberamente ed ugualmente ai propri sistemi economici, sociali e giuridici.

Le criticità inerenti la problematica della libertà religiosa, quindi, sono molteplici e variegate, nel "Rapporteur's Digest on Freedom of Religion or Belief Excerpts of the Reports from 1986 to 2011 by the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief Arranged by Topics of the Framework for Communications" dell'Ufficio "diritti umani" dell'ONU, emergono dati di assoluto rilievo che rappresentano come il fronte della "libertà religiosa" sia sempre aperto e proponga un insieme di situazioni variegate che toccano gli estremi delle guerre di religione presenti tuttora in alcuni Paesi e dei confitti tra "diritti fondamentali" tipici del mondo occidentale.

Non è certo agevole operare una disamina, ergo trovare una soluzione per ogni tipo di controversia, ma si potrebbe agire dal punto di vista giuridico affinché tali conflitti vengano affievoliti o, in alcuni casi, gestiti in modo tale da evitare situazioni estreme di violenza.

Se è vero che nel mondo occidentale, rispetto ad altre zone, i conflitti religiosi tendano ad assumere una forma meno violenta, non si può negare che gli stessi sussistano e si traducano in atteggiamenti subdoli e discriminatori. E pertanto occorre una risposta giuridica efficiente che, indipendentemente dalla forma e dai motivi delle controversie, comporti una tutela legislativa e giurisdizionale del fenomeno religioso, volta ad eliminare le fenomenologie discriminatorie, conseguentemente persecutorie.

In tale prospettiva va letto il richiamo del summenzionato rapporto dell'ONU il quale, al riguardo, chiede agli Stati una particolare tutela soprattutto in ambito penale: ogni Stato dovrebbe fornire garanzie giurisdizionali e legislative ad hoc per garantire l'esercizio della libertà religiosa ad ogni individuo che abbracci una fede piuttosto che un'altra.

Sarebbe inoltre auspicabile che alcuni Stati membri adottino una normativa generale sulla base di standard internazionali. La legislazione penale, infatti, dovrebbe essere emanata non solo imponendo pene severe sulle singole forme di discriminazione, ma soprattutto occorrerebbe definire un nuovo reato, quello della discriminazione razziale e religiosa aggravata che dovrebbe prevedere una sanzione specifica più severa. Bisognerebbe altresì istituire un'Autorità di pari opportunità per monitorare le discriminazioni razziali e religiose che comportano una limitazione d'accesso agli strumenti sociali ed economici di una determinata comunità per motivi religiosi e/o culturali.

Spesso si tende a dimenticare che in tema di violazione della libertà re-

ligiosa la norma penale dovrebbe rappresentare l'*extrema ratio* tra i rimedi giuridici, dovrebbe cioè operare solo qualora la libertà religiosa fosse ben lontana dall'essere garantita.

Il prof. Fuccillo a questo punto apporta un concreto contributo all'intervento rappresentando graficamente un'indagine svolta dal Pew Forum che dimostra come l' attuazione della libertà religiosa incontri ostacoli non soltanto nei Paesi confessionalisti o sottosviluppati, bensì anche in quelli apparentemente liberisti. Ed ancora, a conferma di quanto detto, un'altra recente ricerca definisce l'Italia delle religioni come un cantiere senza progetto, all'uopo il Relatore difatti afferma che: "l'assenza di una normativa diretta a regolamentare l'associazionismo religioso e la coesistenza di un diritto "comune" con un diritto speciale riservato ad alcune confessioni religiose, costituisce per l'appunto la maggiore criticità italiana e forse il principale ostacolo ad una espressione della libertà religiosa eguale per tutti".

Negli ultimi anni, anche all'interno del contesto delle cd. "democrazie stabilizzate", il dibattito sul concreto esercizio della libertà di religione ha subito un'accelerazione a causa della crisi delle esperienze (ritenute a torto) consolidate di "regolamentazione" giuridica della libertà religiosa.

Sono cioè entrate in crisi sia le società "confessionaliste", tese cioè a privilegiare una o alcune fedi religiose, sia quelle "separatiste" che, presuppongono una netta distinzione tra Stato e confessioni religiose. Nelle società contemporanee, il binomio o in certi casi la dissociazione Stato-religione, Stato-confessioni religiose costituisce un genus di rapporti a cui rispondono diverse species e che possono in determinati ed estremi ambiti sfociare in condotte discriminatorie e restrittive, nonché in conflitti cultural-religiosi.

Si rappresenta che gli autori Grim e Finke, in seguito ad una ricerca, affermano che l'omogeneità religiosa non assicura libertà dai conflitti.

Infatti, viene rappresentato tramite grafico che il 33% dei Paesi dominati da una sola religione hanno un alto livello di persecuzione raffrontato al 20% dove non è presente una religione imperante. Del resto, spiega il Relatore, gli Autori evidenziano che il "pericolo del dispotismo" diventa reale quando esiste una sola religione dominante, invece una pluralità di fedi è sempre associata con la "tranquillità pubblica".

Appartenere a minoranze religiose può, come già precedentemente rappresentato, anche incidere rispetto all'accesso all'ambito lavorativo ed economico di una società, comportando un peggioramento della qualità di vita del discriminato. D'altronde le grandi democrazie occidentali sono spesso ricordate per le proprie condotte discriminatorie rispetto agli strumenti finalizzati al benessere economico, registrandosi pertanto notevoli violazioni della libertà religiosa soprattutto se riferita alle minoranze.

Ed è anche qui che la scienza del diritto dovrebbe intervenire, come sostiene il prof. Fuccillo citando un pensiero del prof. Mario Ricca, affinché "gli stranieri e comunque le minoranze abbiano il diritto" di essere riconosciuti "nella legge e non solo di fronte ad essa".

Ed allora la sfida che attende le società contemporanee è proprio questa, conclude il Relatore, consentire a tutti di vestire, cibarsi, lavorare, vivere e morire secondo le proprie credenze, siano esse appartenenti o meno a quelle di maggioranza; questo l'antidoto efficace alle persecuzioni religiose derivanti dalla libertà religiosa negata.

La seconda sessione di lavori si è conclusa con la testimonianza dell'Istituto DiReCom della FTL che ha dimostrato come si può concretamente favorire il dialogo tra le religioni.

III

Dopo il coffe break ha avuto inizio la terza sessione che ha visto protagonisti il prof. Luigi Foffani (Professore ordinario di Diritto Penale, Università di Modena e Reggio Emilia), la dott.ssa Anna Gianfreda (Ricercatore, Università Cattolica di Piacenza) ed il prof. Enrico Vitali in qualità di moderatore (Professore emerito di Diritto Ecclesiastico, Università di Milano). Le loro relazioni hanno avuto ad oggetto il peculiare rapporto che c'è tra libertà di religione e libertà di espressione tra conflitto e prospettive di armonizzazione.

La dott.ssa Anna Gianfreda ha argomentato il rapporto intercorrente tra la libertà di religione e la libertà di espressione, i relativi conflitti e le prospettive di armonizzazione nell'ottica della Cedu.

In tema di conflitto tra libertà di religione e libertà di espressione, le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sono state numericamente scarse nonché caratterizzate da percorsi argomentativi non sempre lineari, ma tanto non basta a sminuire l'interesse e l'importanza delle pronunce stesse in quanto, gradualmente, hanno affrontato in modo multiprospettico il problema giuridico del bilanciamento tra le due libertà, aprendo le porte a diversi tipi di riflessione.

La Gianfreda dà avvio al proprio intervento partendo dal seguente quesito: se e come la comprensione dei contenuti di ciascuno dei due poli del conflitto "libertà di religione vs libertà di espressione" è cambiata per effetto del loro interagire e scontrarsi.

È palesemente innegabile che in seguito agli interventi, sia nazionali che europei, della giurisprudenza e in qualche rara occasione del legislatore, il contenuto di entrambe le libertà abbia nel corso del tempo mutato forma, confini e caratteristiche non soltanto se singolarmente prese in considerazione, ma anche, anzi soprattutto, se relazionate tra loro.

Partendo proprio dai dibattiti vigenti in ambiti nazionali, uno dei primi problemi affrontati dalla Giurisprudenza di Strasburgo è stato se nella tutela della libertà religiosa ex art. 9 CEDU fosse o meno ravvisabile un diritto a non essere offesi nei propri sentimenti religiosi e se tale diritto fosse idoneo a rappresentare un limite alla libertà di espressione o quanto meno a costituire un legittimo criterio di bilanciamento tra le due libertà. Dalle prime pronunce della Corte, emanate negli anni '90 e seguenti, la risposta a tale quesito è stata affermativa, dunque assistiamo ad un diretto riconoscimento del summenzionato diritto nell'art. 9 della CEDU; e, se in alcuni casi tale diritto non era immediatamente inquadrato nel dato normativo dell'art. 9, veniva comunque fatto ricomprendere nella tutela dei diritti altrui ex art. 10 c. 2 CEDU. A "giustificare" tale linea di giudizio la convinzione che determinate modalità di opporsi, disprezzare o contestare le credenze religiose altrui possono essere in casi estremi mezzi per impedire a coloro che fanno proprie quelle convinzioni di esercitare ed esprimere la libertà religiosa, così come previsto dall'art. 9 della CEDU.

Uno slittamento di approccio lo si può notare nelle decisioni emanate dall'anno 2005 in poi, nelle quali si passa dal valutare non più la legittimità della restrizione alla libertà religiosa, bensì la necessità e la proporzionalità della stessa, ciò comportando un'inversione della normativa posta alla base delle relative valutazioni: non più l'art. 9 posto come fondamento necessario delle limitazioni alla libertà religiosa, bensì un giudizio incentrato sull'interpretazione del comma 2 dell'art. 10 CEDU ed in particolare dei limiti alla libertà di espressione in ragione della tutela generica dei diritti altrui.

La Corte puntualmente ribadisce che la libertà di espressione include non solo idee favorevolmente accolte o indifferenti, ma anche quelle offensive elaborando un caratteristico sistema di criteri volti a valutare la portata offensiva delle manifestazioni del pensiero che ne circoscrivono i contenuti e le modalità "ammissibili".

Occorre in particolare rappresentare la classificazione operata dalla Corte circa la tipologia dei discorsi potenzialmente ingiuriosi attraverso una distinzione tra: a) discorso religioso avente ad oggetto i contenuti dottrinali di una religione, in questo caso il relativo oltraggio costituisce di per sé un potenziale attacco ai sentimenti religiosi del fedele, indipendentemente dal contesto nel quale sono stati espressi e se le Autorità nazionali hanno ristretto quell'espressione del pensiero, hanno esercitato correttamente il loro margine d'apprezzamento; b) discorso sulla religione, rivolto agli appartenenti ad una religione: in tal caso le opinioni offensive a tali argomenti sono state interpretate quali diffamatorie e costituenti violazione dell'art. 10 CEDU in quanto le misure restrittive nazionali non potevano essere consi-

derate necessarie e proporzionate all'esigenza di tutelare la libertà religiosa solo indirettamente colpita dalle affermazioni offensive.

Altro criterio elaborato dalla Corte, che va ad aggiungersi a quello appena esposto, è quello della gradualità dell'offesa in presenza del quale risulta necessario procedere ad una limitazione della libertà di espressione in quanto il suo esercizio non veicolerebbe alcun contenuto costruttivo nell'ambito di un dibattito pubblico.

La dott.ssa Gianfreda fa presente, inoltre, come dal modus operandi e dagli esiti delle controversie, la Corte prenda in considerazione il contesto politico - religioso in cui le stesse sono nate, ma non lo pone alla base delle proprie decisioni in quanto si ritiene che il problema della meritevolezza/legittimità della tutela del fenomeno religioso non caratterizzi più, o comunque non solo, la situazione dei Paesi con una religione di Stato o di maggioranza, ma riguarda anche ordinamenti che si dichiarano laici o separatisti e che non sono del tutto immuni, ad avviso della Corte, da illegittime e censurabili restrizioni della libertà di espressione al fine di tutelare la libertà religiosa. Ciò spiega lo sganciamento dei modelli nazionali di tutela penale dall'approccio incentrato sulla protezione istituzionale del fenomeno religioso dipendente dall'assetto ordinamentale relativo ai rapporti tra Stato e Chiese, nonché la conseguente esigenza di protezione di aspetti concreti del fenomeno religioso mediante giudizi della Corte che affondano le proprie convinzioni, come già premesso, non solo sul contesto politico - religioso del Paese in cui la controversia è maturata, ma anche sulle circostanze di fatto e di tempo che hanno determinato i relativi conflitti.

Conflitti la cui natura risulta palesemente mutata nella società contemporanea, in quanto gli stessi non possono più essere semplicemente ridotti ad un mero scontro tra le due libertà in esame a rivendicazioni di spazi nei confronti dello Stato, bensì rispecchiano una necessità di equilibri tra diritti nella manifestazione di valori e credenze costitutive delle diversità tra individui che cercano riconoscimento anche mediante le varie forme di espressione.

La libertà religiosa richiede tutela e bilanciamento rispetto alla libertà di espressione e deve essere, dunque, guardata in una doppia dimensione: quella della sicurezza e quella delle identità religiose. Nel primo caso occorre rilevare e gestire il rapporto che la libertà religiosa va ad instaurare con l'ordine pubblico, tanto in quanto la stessa diviene input di espressioni intolleranti e violente, nonché contemporaneamente destinataria delle situazioni d'odio che ne scaturiscono, comportando, in determinati casi, una limitazione dell'esercizio e del libero godimento della libertà religiosa stessa. Il rapporto con l'aspetto identitario, invece, nasce dalle sempre più frequenti ed incalzanti istanze di riconoscimento e di protezione delle "differenze",

non mediante un modello di tutela standardizzato, eguale per tutti, bensì attraverso istituti e ragionamenti giuridici che tengano in considerazione la cultura, i precetti religiosi, le tradizioni delle singole comunità istanti.

Ed effettivamente la diversificazione geografica dei conflitti, la loro natura, nonché le multiculture poste alla genesi delle controversie, evidenziano la difficoltà e per certi versi l'inadeguatezza delle soluzioni giurisprudenziali elaborate col fine di armonizzare sia le problematiche relative al rapporto tra le due libertà, sia l'approccio dei vari Stati europei rispetto ad esse.

Tuttavia, la dott.ssa Gianfreda, nel concludere, fa notare che nonostante la natura dialogica delle pronunce della Corte di Strasburgo, caratterizzate spesso da un'evidente attaccamento a criteri giurisprudenziali e normativi nazionali, non adeguati evidentemente per la risoluzione dei vari tipi di controversie, le stesse hanno in ogni caso avuto il ruolo decisivo nell'azione di bilanciamento della libertà religiosa con quella di espressione, nonché con l'ordine pubblico, soprattutto nel campo della tutela penale della religione.

All'uopo, occorrerebbe elaborare risposte sanzionatorie significative in ragione della specialità della libertà religiosa che tenga, come anzidetto, in questione la particolarità delle dimensioni conflittuali coinvolte.

Occorrerebbe elaborare risposte sanzionatorie significative in ragione della specialità della libertà religiosa che tengano, come anzidetto, in questione la particolarità delle dimensioni conflittuali coinvolte.

IV

L'ultima sessione di lavori ha visto affrontato il tema della libertà di religione nei luoghi di culto e l'utilizzo dei simboli religiosi. Moderatore è stato il prof. Libero Gerosa (Professore ordinario di Diritto Canonico nella FTL, Direttore del Master DiReCom), relatori il dott. Claudius Luterbacher (Cancelliere della Diocesi di San Gallo) ed il prof. Vincenzo Pacillo (Professore associato di Diritto Canonico ed Ecclesiastico nell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Professore a contratto di Rapporti Stato - Chiesa nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli studi di Padova, nonché Professore di Diritto Ecclesiastico Svizzero, Facoltà di Teologia di Lugano).

Nella sua relazione il dott. Luterbacher ha esaminato gli articoli della Costituzione svizzera che tutelano la religione e la libertà di coscienza nonché le recenti decisioni del Tribunale Federale.

Il prof. Pacillo ha analizzato l'origine dell' attuale contesto sociale delle democrazie dell'Europa occidentale caratterizzato dalla presenza di una pluralità di opzioni etiche garantite dalla cornice giuridica e politica del pluralismo istituzionale, confessionale e culturale."Pluralità e pluralismo, continua

il Professore, sono elementi fondamentali dello Stato laico contemporaneo: solo un ordinamento policentrico e garante delle diverse visioni della vita buona può infatti essere effettivamente capace di separare diritto e morale ed essere (oltre che apparire) effettivamente neutrale rispetto alle diverse credenze presenti sul territorio". Da un lato, la tutela del pluralismo ideologico ha pienamente realizzato il passaggio dalla politica della verità alla politica della volontà popolare, in cui le verità rivelate devono necessariamente lasciare il passo alla critica, alla discussione e al consenso per intersezione tra le diverse visioni ideologico - politiche che esistono all'interno dello Stato.

Dall'altro, la necessità di garantire diverse visioni della vita buona e la coesistenza, con pari dignità, di diverse controculture – anche di carattere religioso – all'interno della vita sociale – comporta la necessità di tutelare al massimo la libertà morale di ogni individuo, soprattutto nell'esercizio di quei comportamenti che discendono direttamente dall'esigenza di ottemperare ad un precetto confessionale. Da ciò deriva la diffusione dell'idea secondo cui il diritto individuale di libertà religiosa è strettamente connesso al diritto di vivere secondo coscienza nel senso che una società aperta e plurale deve poter assicurare il libero perseguimento di un proprio progetto di vita attraverso un complesso di scelte ed azioni anche quando queste non siano espressione della cultura dominante, ma di una controcultura legata a precetti di carattere religioso. Quindi il diritto alla libertà di coscienza e di religione si atteggia a garante del pluralismo morale e di conseguenza dona la facoltà di utilizzare segni e simboli caratteristici del proprio credo e quella di edificare luoghi di culto secondo i precetti della confessione cui si appartiene, sempre che non collidano con principi costituzionali, solo allora diventeranno oggetto di repressione statale.

I simboli che vengono proposti alla comunità statale, continua il prof. Pacillo, possono essere inclusi nell'alveo dei "simboli della coscienza", ossia le entità simboliche dirette a rappresentare i valori cui si riferiscono individui o comunità intermedie, anche di carattere religioso che operano all'interno della collettività istituzionale. Quelli, invece, imposti dallo Stato – ordinamento costituiscono una species del genus "simboli del potere", nel senso che si tratta di simboli la cui ostensione è comandata dai poteri pubblici, i quali vincolano tutti i consociati ad entrare in relazione con essi.

In caso di conflitti, ed a riguardo vi è una copiosa giurisprudenza che testimonia come è sempre più sentita ed avvertita tale problematica nell'odierna società europea (vedi la Francia), questi dovrebbero essere risolti, afferma Pacillo, mediante il consenso ad un'amplissima libertà nell'uso di "simboli religiosi della coscienza" eliminando così i "simboli religiosi del potere". Però questa soluzione non appare priva di critiche.

In primo luogo, esistono categorie di persone, come gli insegnanti, per le quali l'utilizzo indiscriminato di simboli della coscienza appare non del tutto compatibile con il ruolo pubblico da queste svolto nello Stato laico. Si ricorderanno le legislazioni di diversi Laender tedeschi che hanno vietato agli insegnanti delle scuole pubbliche l'uso di simboli religiosi.

In secondo luogo esistono simboli religiosi della coscienza, come il burqa ed il niqab, la cui ostensione non pare perfettamente compatibile con alcuni principi base del costituzionalismo europeo, e questo anche in assenza di divieti espliciti. Si pensi all'ordinamento italiano, nel quale non pare esistere una norma che vieti esplicitamente l'utilizzo di velature religiose nei luoghi pubblici, anche quando esse occultino la fisionomia del volto. In terzo luogo, molti ritengono che il mantenimento di "simboli religiosi del potere" all'interno dello spazio pubblico non solo non comporti una lesione della laicità dello Stato, ma non violi neppure la libertà religiosa di chi non riconosce ad essi un valore sacrale. Il caso più emblematico è quello del crocifisso che secondo alcuni può essere considerato un simbolo culturale capace di riassumere i valori sui quali si fonda la tradizione europea, ovvero un simbolo tradizionale la cui ostensione si ricollega ad una radicata consuetudine, ovvero un simbolo totalmente passivo, incapace di pregiudicare la laicità delle istituzioni e la libertà di coscienza di chi si trova a porsi in relazione con esso. La proposta è quella di affidare i conflitti simbolici alle Modes Alternatifs de Résolution des Conflits, sviluppando forme di Med-arb capaci di indurre le parti in disaccordo a trovare una soluzione amichevole fondata sul dialogo e la mediazione culturale ed allo stesso tempo designando un organismo terzo nel ruolo di arbitro qualora il compromesso non possa essere raggiunto. Anche per quanto concerne gli edifici di culto l'oggetto ed il contenuto della libertà di religione è la facoltà di manifestare pubblicamente il proprio credo nel culto, nell'osservanza dei riti, nella pratica e nell'insegnamento, individualmente o in comune con altri. Risulta così evidente che non solo il profilo "negativo" della libertà religiosa merita protezione da parte dello Stato, ma anche la sua esplicitazione nella sfera pubblica.

Alla fine delle relazioni vi è stato un interessante dibattito che ha visto la partecipazione dei molti convegnisti presenti da cui sono emersi spunti di riflessione ed approfondimento di elevato interesse scientifico.

Così nello scenario suggestivo e silenzioso delle montagne svizzere e dello splendido lago il Convegno è terminato con le conclusioni del prof. Silvio Ferrari (Professore ordinario di Diritto Canonico, Università di Milano) e del prof. Stefan Mückl (Professore nella Albert - Ludwigs - Universität Freiburg im Breisgau).

Diritto e religioni

PARTE II

Presentazione

Nel presente numero vengono pubblicate quattro sentenze, tre dei T.A.R. ed una del Consiglio di Stato.

La sentenza del T.A.R. Lazio ha affrontato la questione se l'UAAR potesse stipulare un'intesa con lo Stato, risolvendola negativamente in quanto non ha riconosciuto carattere di confessione religiosa a detta associazione. La detta sentenza è oggetto di un articolo della dott.ssa Ilenia Grasso, pubblicato in questo numero.

Le due sentenze della seconda sezione del T.AR. Lombardia di Bresca riguardano i centri di accoglienza, la loro assimilazione agli organismi pubblici di cui al D. Lgs. n. 109/2012 ed il valore probatorio delle attestazioni rilasciate dai loro responsabili. Le due decisioni sono giunte a conclusioni diverse circa il valore probatorio delle attestazioni prodotte dagli stranieri al fine di ottenere l'emersione dal lavoro irregolare. Nella prima sentenza, il collegio giudicante chiarisce che il valore probatorio delle attestazioni non è legata alla natura pubblica o privata dell'organismo che le rilascia (e quindi non al profilo soggettivo dell'ente), bensì al tipo di prestazione di cui fruisce lo straniero ed in virtù della quale viene rilasciata l'attestazione (pertanto, il profilo oggettivo della prestazione di cui fruisce lo straniero). Il collegio, quindi, conclude non riconoscendo alcun valore probatorio alla dichiarazione rilasciata dal responsabile dell'oratorio, attestante che lo straniero accompagnava i nipoti agli allenamenti di calcio, in quanto questa è un'attività tipicamente ricreativa non consistente in una prestazione assistenziale di natura pubblicistica. Nella seconda decisione, invece, l'attestazione della frequenza ad un corso di lingua italiana per gli stranieri è stata ritenuta probante.

Infine, la sentenza del Consiglio di Stato ha posto in giusto risalto che la destinazione ad edificio religioso di un immobile abusivo non può giustificare l'esonero dal pagamento degli oneri concessori, poiché l'opera non è stata realizzata da un ente istituzionalmente competente, cui fanno capo per legge interessi generali, e, inoltre, l'edificio non è stato realizzato sulla base di un titolo emanato in attuazione di uno strumento urbanistico e senza alcuna previsione specifica del piano urbanistico.

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio Sez. I di Roma, 3 luglio 2014, n. 7068

Associazioni, enti e ordini – Associazioni e persone giuridiche – Unione atei – Qualificazione – Confessioni religiose – Giudizio dell'Esecutivo – Natura – Discrezionalità tecnica – Conseguenze – Giurisdizione amministrativa – Associazioni, enti e ordini – Confessioni religiose – Individuazione – Presupposti – Fattispecie – Unione atei – Esclusione – Valutazione – Attendibilità

Laddove la questione della natura giuridica dell'associazione «Unione atei e agnostici razionalisti» si sostanzi nella contestazione degli esiti dell'accertamento preliminare compiuto dal Governo in merito alla riconducibilità dell'Associazione richiedente alla categoria delle «confessioni religiose», essendo l'accertamento connotato da una lata discrezionalità tecnica, lo stesso rimane assoggetto al sindacato di legittimità del giudice amministrativo secondo le regole e nei limiti elaborati dalla giurisprudenza, anche di legittimità.

La valutazione compiuta dal Governo in ordine al carattere non confessionale dell'Associazione «Unione atei e agnostici razionalisti», in quanto richiama una concezione di confessione religiosa avente un contenuto positivo e, quale presupposto, «un fatto di fede rivolto al divino» – escludendo per converso da tale nozione un contenuto negativo rivolto a negare l'esistenza del trascendente e del divino – non è manifestamente inattendibile o implausibile, risultando viceversa coerente con il significato che, nell'accezione comune, ha la religione, quale insieme delle credenze e degli atti di culto che legano la vita di un individuo o di una comunità con ciò che ritiene un ordine superiore e divino; e tenuto altresì conto del fatto che la stessa Uaar si autodefinisce (nello «Statuto») «organizzazione filosofica non confessionale», con ciò autoqualificandosi essa stessa al di fuori dell'ambito delle confessioni religiose.

Omissis (…)

FATTO

1. L'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti – UAAR (in seguito, anche "Associazione" o "UARR"), odierna esponente, rappresenta quanto segue.

1.1 Essa è l'unica associazione italiana che aggrega gli atei e gli agnostici, costituita di fatto nel 1987 e legalmente, come associazione non riconosciuta ai sensi degli artt. 36 ss. cod. civ., con atto notarile del 13 marzo 1991.

1.2 Con l'odierno gravame, notificato in data 3 febbraio 2004, depositato il successivo 19 febbraio 2004, l'UAAR impugnava i provvedimenti indicati in epigrafe, con cui il Governo italiano aveva rifiutato di avviare le trattative finalizzate ad una intesa ex art. 8, comma terzo, della Costituzione.

Come l'Associazione chiarisce, nella nota della Presidenza del Consiglio del 5 dicembre 2003, oggetto dell'odierno giudizio, si leggeva che "il Consiglio dei Ministri ha condiviso il parere espresso dall'Avvocatura generale dello Stato, la quale ritiene che la professione dell'ateismo, certamente da ammettersi al pari di quella religiosa quanto al libero esercizio in qualsiasi forma, individuale ed associata, purché non integrante riti contrari al buon costume (art. 19 della Costituzione), non possa essere regolata in modo analogo a quanto esplicitamente disposto dall'art. 8 della Costituzione per le sole confessioni religiose. La possibilità ivi contemplata di addivenire ad una regolamentazione bilaterale dei rapporti mediante la conclusione di intese è infatti, secondo il Consiglio dei Ministri, espressamente riservata alle confessioni religiose diverse dalla cattolica. Sostiene inoltre l'Avvocatura Generale nel citato parere che per "confessione religiosa" si intende generalmente un fatto di fede rivolto al divino vissuto in comune tra più persone che lo rendono manifesto nella società tramite una propria particolare struttura istituzionale. La connotazione oggettiva voluta dal Costituente nel quadro dell'art. 8, secondo comma, è chiaramente individuata da un contenuto religioso di tipo positivo, di tal che il Consiglio dei Ministri, concorde l'Avvocatura dello Stato, ha ritenuto la norma non estensibile per analogia a situazioni non riconducibili a quella fattispecie".

1.3 La ricorrente Associazione, sull'assunto del proprio carattere di "confessione religiosa", deduce i seguenti motivi di ricorso:

I - Violazione dell'art. 1, comma 1, lett. ii) della legge 12 gennaio 1991, n. 13:

L'impugnato diniego sarebbe stato esternato con mera nota del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio e non invece con decreto del Presidente della Repubblica, che sarebbe, invece, richiesto per tutti gli atti per i quali è intervenuta la deliberazione del Consiglio dei Ministri;

II - Violazione dell'art. 8 Cost. ed eccesso di potere per travisamento dei fatti:

Al di là dei contestati aspetti formali, in ogni caso, contrariamente a quanto opinato dalla Presidenza del Consiglio, l'UAAR avrebbe natura di vera e propria confessione religiosa ex art. 8, comma 3, della Costituzione;

III - Eccesso di potere per difetto di istruttoria e per violazione di norme interne e prassi, con conseguente disparità di trattamento;

All'erronea interpretazione del disposto costituzionale sarebbe conseguita l'omissione dell'istruttoria circa l'idoneità della richiedente ad essere soggetto stipulatario di intesa con lo Stato.

IV - Violazione dell'art. 3 della L. n. 241 del 1990 per omessa motivazione e, comunque, eccesso di potere per motivazione insufficiente ed incongrua:

Gli atti impugnati non motiverebbero autonomamente la decisione di non dare corso alla trattativa finalizzata all'intesa *de qua*, limitandosi a rinviare al parere dell'avvocatura dello Stato.

V - Violazione degli artt. 2, 3, comma 1, e 18 Cost.:

La negazione della specifica identità della ricorrente, sottostante al diniego di stipula dell'intesa ex art. 8, comma 3, Cost., equivarrebbe al disconoscimento della causa associativa del gruppo, traducendosi nella violazione del diritto di associarsi liberamente.

VI - Violazione degli artt. 3, comma 1, e 8, comma 1, Cost. per disparità di trattamento:

Se l'ateismo è esercizio di libertà di religione, il rifiuto di trattare la ricorrente come una confessione religiosa integrerebbe una disparità di trattamento, in violazione dei disposti costituzionali sull'eguaglianza senza distinzione di religione e sull'eguale libertà di tutte le confessioni religiose.

VII - Violazione del principio costituzionale di laicità dello Stato (artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Cost.):

Risulterebbe altresì violato il principio costituzionale di laicità dello Stato, il quale impone equidistanza e imparzialità rispetto a tutte le confessioni religiose, tra le quali sarebbe ricompreso anche l'ateismo in forma organizzata.

VIII - Eccesso di potere per sviamento:

Il potere di concludere intese con ogni singola confessione religiosa, costituzionalmente conferito al Consiglio dei Ministri e alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in relazione alla migliore garanzia del diritto di libertà religiosa, sarebbe stato utilizzato per negare l'interesse legittimo della ricorrente, disconoscendone il carattere religioso e gli interessi religiosi dei suoi associati.

2. Nel presente giudizio si costituiva la Presidenza del Consiglio dei Ministri per resistere al ricorso in epigrafe.

La difesa erariale preliminarmente eccepiva l'inammissibilità del gravame per difetto assoluto di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo, ex art. 31 r.d. 26.6.1924, n. 1054, in relazione alla natura politica della gravata delibera del Consiglio dei Ministri, come tale sottratta *tout court* al sindacato giurisdizionale; nel merito, insisteva comunque per il rigetto del ricorso, siccome infondato.

Le confessioni religiose evocate in giudizio in veste di controinteressati non si costituivano.

3. Con la sentenza 5 novembre-31 dicembre 2008, n. 12539, la Sezione, in accoglimento della spiegata eccezione erariale, dichiarava inammissibile il ricorso per difetto assoluto di giurisdizione.

In accoglimento dell'appello successivamente interposto dall'UAAR avverso la suddetta pronuncia, il Consiglio di Stato, sez. IV, con la sentenza 4-18 novembre 2011, n. 6083, annullava la sentenza n. 12539 del 2008 del TAR per il Lazio, con rinvio al giudice di primo grado.

L'UAAR riassumeva quindi il presente giudizio dinanzi a questo Tribunale, con ricorso notificato il 9 febbraio 2012 e depositato in data 17 febbraio 2012.

4. In seguito, la Presidenza del Consiglio dei Ministri impugnava avanti alla Corte di Cassazione, per motivi attinenti alla giurisdizione, la decisione del Consiglio di Stato n. 6083 del 2011.

Con la sentenza 12 marzo-28 giugno 2013, n. 16305, le Sezioni Unite della Corte di cassazione respingevano il ricorso della Presidenza del Consiglio dei Ministri e confermavano la sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo.

L'UAAR riassumeva pertanto, il presente giudizio, con ricorso nuovamente notificato in data 27 settembre 2013 e depositato in pari data.

5. Nel frattempo, tuttavia, questo Tribunale aveva dichiarato la perenzione del giudizio *de quo*, ai sensi dell'art. 82, comma 1, c.p.a., con decreto 12 aprile 2013, n. 8194.

Tale decreto veniva in seguito revocato dallo stesso Tribunale con ordinanza 20 novembre-9 dicembre 2013, n. 10592, pronunciata nel giudizio di opposizione a perenzione promosso dalla UAAR; con tale ordinanza la Sezione fissava l'udienza pubblica per la decisione della causa nel merito, ai sensi dell'art. 85, comma 4, c.p.a..

6. La ricorrente Associazione, per scrupolo di difesa, con atto notificato in data 22-23 gennaio 2014 e depositato il 30 gennaio 2014, confermava dunque la riassunzione del giudizio introdotto con l'epigrafato gravame avanti al TAR per il Lazio, già promossa dopo la sentenza della Corte di Cassazione, sezioni unite, n. 16305 del 2013.

7. Alla Pubblica Udienza del 26 marzo 2014 la causa veniva trattenuta in deci-

sione; nella discussione in camera di consiglio il Collegio si riservava, rinviandone la decisione alla camera di consiglio del 17 aprile 2014.

DIRITTO

1 Con il primo motivo la ricorrente deduce, sul piano formale, la violazione dell'art. 1, comma 1, lett. ii) della legge n. 13 del 1991, che prevede l'adozione con decreto del Presidente della Repubblica per "tutti gli atti per i quali è intervenuta la deliberazione del Consiglio dei Ministri", lamentando che nel caso all'esame il provvedimento gravato, i.e. l'atto decisorio di rifiuto dell'avvio delle trattative con l'UAAR ai fini della conclusione dell'intesa ai sensi dell'art. 8, comma 3, della Costituzione, non presenterebbe i necessari requisiti di forma, in quanto difetterebbe la prescritta emanazione con d.P.R., essendo stato lo stesso provvedimento esternato con mera nota del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio, delegatario della funzione di condurre le trattative con le confessioni religiose in vista dell'intesa in argomento.

1.1. La censura deve essere disattesa.

1.2 A tal riguardo, in primo luogo si osserva che, come si desume dalla rubrica della legge n. 13/1991, e come è confermato dall'esame delle tipologie provvedimentali richiamate nell'art. 1 in questione, l'emanazione mediante decreto del Presidente della Repubblica è prevista esclusivamente per "gli atti amministrativi", e non anche per gli atti avente contenuto oggettivamente politico, quale quello all'esame.

In secondo luogo, va tenuto presente che nell'attuale assetto dei pubblici poteri, la "emanazione" di cui si discorre è atto di competenza del Presidente della Repubblica, connotato da una funzione di controllo dell'opportunità politica e, *lato sensu,* della legittimità costituzionale dei provvedimenti dell'Esecutivo; tuttavia, nella fattispecie in questione, non è rinvenibile alcuna determinazione provvedimentale, atteso che il Consiglio dei Ministri ha assunto una "determinazione negativa", deliberando di non stipulare intesa alcuna ex art. 8, comma 3, Cost., con l'UAAR .

1.3 A fronte di siffatta decisione di segno negativo, priva di effetti modificativi della realtà giuridica e fattuale e non costitutiva di vincoli per il Governo, sia pure solo sul piano politico, nei confronti di alcuno, la formalità dell'emanazione mediante decreto del Presidente della Repubblica non solo non si rendeva necessaria, non essendovi alcuna determinazione da sottoporre al previo vaglio presidenziale, ma non era neppure configurabile, dovendosi escludere, nel richiamato assetto dei pubblici poteri, che il Presidente della Repubblica, se coinvolto nel procedimento, potesse esprimersi sulla mancata stipula dell'intesa ex art. 8, comma 3, Cost., essendo ogni decisione al riguardo riservata dalla Costituzione al Governo.

1.4 Poiché il Presidente della Repubblica non poteva interloquire riguardo alla decisione di procedere o meno alla stipula, dovendo egli invece essere consultato solo in merito all'intesa eventualmente già stipulata dall'Esecutivo, ne discende anche l'inammissibilità della doglianza all'esame per carenza di interesse, atteso che l'impugnata deliberazione del Consiglio dei Ministri, anche se emendata del dedotto vizio formale, non avrebbe potuto comunque avere un contenuto diverso.

2. Con i successivi motivi la ricorrente sostanzialmente deduce, nel merito, che, contrariamente a quanto opinato dal Governo, l'UAAR avrebbe natura di vera e propria confessione religiosa ex art. 8, comma 3, della Costituzione.

Dall'erronea interpretazione del disposto costituzionale sarebbe poi conseguita l'omissione dell'istruttoria circa l'idoneità della richiedente a stipulare l'intesa con lo Stato; in particolare, i prescritti pareri della Direzione Generale Affari di Culto presso il Ministero dell'Interno e della Commissione Consultiva sulla libertà religiosa, istituita

presso la Presidenza del Consiglio, sarebbero stati illegittimamente surrogati, in via del tutto anomala, dal parere dell'Avvocatura Generale dello Stato, organo diverso da quelli normalmente coinvolti nel procedimento di intesa.

Gli atti impugnati, inoltre, non motiverebbero autonomamente la decisione di non dare corso alla trattativa finalizzata all'intesa, limitandosi a rinviare al parere reso dall'Avvocatura dello Stato.

La negazione della specifica identità confessionale dell'UAAR, infine, si tradurrebbe nella violazione del diritto di associarsi liberamente; risulterebbero, altresì, violati il principio di uguaglianza di cui agli artt. 3, comma 1, ed 8, comma 1, Cost. rispetto alle altre confessioni religiose, nonché il principio costituzionale di laicità dello Stato.

3. Le richiamate censure non sono meritevoli di favorevole considerazione.

3.1 La questione giuridica sostanziale, sottesa all'intera vicenda in controversia, risiede nella controversa natura dell'UAAR, sostenendosi da parte ricorrente che si tratterebbe di una vera e propria confessione religiosa ex art. 8, comma 3, della Costituzione, laddove la resistente Presidenza del Consiglio dei Ministri ha invece negato tale natura, così pervenendo al contestato rifiuto dell'avvio delle ripetute trattative con l'Associazione.

3.1 A tale riguardo, il Collegio deve preliminarmente considerare che con la sentenza n. 16305 del 2013, resa tra le parti sul ricorso del Governo ai sensi dell'art. 111 u.c. Cost., le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nel confermare la sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo sulla vicenda contenziosa all'esame, hanno sostanzialmente affermato che le confessioni religiose sarebbero portatrici di una pretesa costituzionalmente tutelata (e quindi azionabile in giudizio) all'apertura delle trattative per la stipula dell'intesa di cui all'art. 8, comma 3, Cost., e all'implicito riconoscimento della loro natura confessionale.

3.2 Orbene, seppure è vero, per costante giurisprudenza di legittimità, che la Corte di Cassazione, quando regola la giurisdizione, è giudice del "fatto" – nel senso che, agli effetti dell'identificazione del giudice munito di giurisdizione, può apprezzare elementi probatori acquisiti al processo- ciò non di meno, è parimenti incontestato che le valutazioni del materiale istruttorio effettuate dalla S.C. ai fini della individuazione del giudice munito di *potestas iudicandi* non condizionano la decisione di merito della controversia, che rimane comunque riservata in via esclusiva al giudice individuato dalla Corte regolatrice (Cass. n. 9325/2007). Ne discende pertanto che la sentenza n. 16305 del 2013, nel ritenere che la presente controversia sia devoluta alla cognizione del G.A., non spiega tuttavia un effetto vincolante quanto alla definizione nel merito del presente giudizio e, nella specie, in particolare, quanto all'accertamento della natura giuridica dell'UAAR.

3.3 Peraltro, la richiamata sentenza n. 16305 del 2013 reca alcuni interessanti enunciati che conviene senz'altro richiamare ai fini della decisione del presente gravame.

3.3.1 È utile prendere le mosse dalla osservazione, che la S.C. trae dalla relazione dell'ufficio del Massimario, secondo cui "la Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce ad ogni confessione un interesse giuridicamente qualificato per l'accesso agli *status* promozionali, anche su base pattizia; impone alle autorità nazionali di predisporre criteri di accesso non discriminatori e di adottare congrue motivazioni d'esercizio; ammette il sindacato giurisdizionale sulla ragionevolezza dei criteri predisposti e sull'idoneità delle motivazioni adottate, in funzione di tutela della posizione soggettiva incisa" (CEDU, 31 luglio 2008, n. 40825/98; 19 marzo 2009, n. 28648/03; 30 giugno 2011, n. 8916/05; 9 dicembre 2010, n. 7798/08; 6 novembre 2008, n. 8911/00)."

Afferma quindi il Giudice di legittimità che "l'assenza di normazione specifica sui

fenomeni religiosi non è di per sé un impedimento a contrastare in sede giurisdizionale il rifiuto di intesa che sia fondato sul mancato riconoscimento, in capo al richiedente, della natura di confessione religiosa". E, nel confermare la correttezza di fondo della soluzione prescelta dal Consiglio di Stato nella sentenza 6083 del 2011 (che nella presente controversia ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo), la decisione n. 16305 all'esame prosegue, stabilendo che "Il principio di laicità dello Stato, 'che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della repubblica' (Corte Cost. 203/1989) implica che in un regime di pluralismo confessionale e culturale sia assicurata l'eguale liberta delle confessioni religiose"; che "Al tempo stesso i rapporti tra Stato e confessione religiosa sono regolati secondo un principio pattizio, con la stipula delle intese"; che "Anche se l'assenza di una intesa con lo Stato non impedisce di professare liberamente il credo religioso, è in funzione dell'attuazione della eguale libertà religiosa che la Costituzione prevede che normalmente laicità e pluralismo siano realizzati e contemperati anche tramite il sistema delle intese stipulate con le rappresentanze delle confessioni religiose", non senza specificare, infine, che "si devono garantire contemporaneamente, di regola, tramite le intese: l'indipendenza delle confessioni nel loro ambito, nell'accezione più estesa; il loro diritto di essere ugualmente libere davanti alla legge; il diritto di diversificarsi l'una dall'altra; ma anche la garanzia per lo Stato – ecco il senso della regolamentazione dei rapporti – che l'esercizio dei diritti di libertà religiosa non entri in collisione, per quanto è possibile, con le sfere in cui si manifesta l'esercizio dei diritti civili e del principio solidaristico cui ogni Cittadino è tenuto".

3.3.2 La pronuncia delle Sezioni Unite perviene quindi all'affermazione che lo "stabilire la qualificazione di confessione religiosa è una premessa basilare per la salvaguardia dei valori di cui si discute"; e, a tal riguardo, la stessa sentenza richiama l'enunciato della Corte costituzionale secondo il quale (v. ancora Cost.346/02) "all'assenza, nell'ordinamento, di criteri legali precisi che definiscano le «confessioni religiose» si può sopperire con i "diversi criteri, non vincolati alla semplice autoqualificazione (cfr. sentenza n. 467 del 1992), che nell'esperienza giuridica vengono utilizzati per distinguere le confessioni religiose da altre organizzazioni sociali"; e, ancora, "(C. Cost. 195/93) [la quale] aveva ritenuto che la natura di confessione può risultare 'anche da precedenti riconoscimenti pubblici, dallo statuto che ne esprima chiaramente i caratteri, o comunque dalla comune considerazione'".

Per concludere che "È nel giusto quindi la sentenza impugnata quando sostiene che rientra tutt'al più nell'ambito della discrezionalità tecnica l'accertamento preliminare relativo alla qualificazione dell'istante come confessione religiosa".

3.3.3 Tanto considerato, la Corte ritiene, per quanto di interesse nel presente giudizio, che "II procedimento di cui all'art. 8 è in funzione [...] della difesa delle confessioni religiose dalla lesione discriminatoria che si potrebbe consumare con una immotivata e incontrollata selezione degli interlocutori confessionali"; che "La posizione del richiedente l'intesa mira dunque a ottenere che il potere di avviare la trattativa sia esercitato in conformità alle regole che l'ordinamento impone in materia, che attengono in primo luogo all'uso di canoni obbiettivi e verificabili per la individuazione delle confessioni religiose legittimate"; che "L'attitudine di un culto a stipulare le intese con lo Stato non può quindi essere rimessa alla assoluta discrezionalità del potere dell'esecutivo, che è incompatibile con la garanzia di eguale libertà di cui all'art. 8 c. 1 [Cost.]".

3.3.4 I richiamati enunciati della Corte risultano in linea con le chiare indicazioni recate dalla richiamata sentenza del Consiglio di Stato n. 6063 del 2011, che , in re-

lazione all'avvio di trattative finalizzate all'eventuale stipula di intese ai sensi dell'art. 8, comma 3, Cost., aveva già evidenziato l'ampia discrezionalità che indubbiamente le connota, con riferimento sia all'*an* dell'intesa, sia – prima ancora – alla stessa individuazione dell'interlocutore in quanto confessione religiosa; e, ciò che più in questa sede rileva, aveva ritenuto connotato da discrezionalità tecnica l'accertamento preliminare relativo alla riconducibilità alla categoria delle "confessioni religiose" dell'organizzazione richiedente, con conseguente acclarata possibilità, nell'esercizio di tale discrezionalità tecnica, di escludere motivatamente che il soggetto interessato presenti le caratteristiche che gli consentirebbero di rientrare fra le "confessioni religiose" (come è avvenuto nel caso di specie).

4. Alla luce dei principi espressi dalle richiamate pronunce deve dunque ritenersi che la questione della natura giuridica dell'UAAR, sollevata dalla odierna ricorrente, si sostanzia nella contestazione degli esiti dell'accertamento preliminare compiuto dal Governo in merito alla riconducibilità dell'Associazione richiedente alla categoria delle "confessioni religiose", accertamento connotato da una lata discrezionalità tecnica; esso rimane dunque assoggettato al sindacato di legittimità del Giudice amministrativo secondo le regole e nei limiti elaborati dalla giurisprudenza, anche di legittimità.

4.1 Nel caso all'esame, il secondo motivo di impugnazione si profila nel suo complesso inammissibile, poiché con esso si sollecita lo scrutinio dell'adìto Giudice sull'operazione di accertamento compiuta dall'Autorità resistente sulla natura confessionale dell'Associazione ricorrente, al fine di sostituirla con una diversa valutazione basata su una diversa ricostruzione dei caratteri e degli indici rilevanti per una siffatta qualificazione, proposta dalla ricorrente; scrutinio all'evidenza non consentito al Giudice, senza invadere l'ambito della discrezionalità tecnica riservato all'Autorità, come pacificamente affermato dalla giurisprudenza (Cons. St., III, 2.4.2013, n. 1856; *id.*, 28.3.2013, n. 1837; Tar Lazio, I, 21.6.2013, n. 6259; Cons. Stato, VI, 12.2.2007, n. 550; Cons. St., VI, 10.3.2006, n.1271; TAR Lazio, I, 24.8.2010, n. 31278; *id.*, 29.12.2007, n. 14157; *id.*, 30.3.2007, n. 2798; *id.*, 13.3.2006, n. 1898) e come, da ultimo, autorevolmente ribadito dalla Suprema Corte, in tema di sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità amministrativa nella materia del diritto della concorrenza, caratterizzata da un alto tasso di discrezionalità tecnica, ricordando che "Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini". (Cass., Sez. Un., 20.1. 2014, n. 1013).

4.2 E nel caso all'esame, non sembra che l'odierna intimata abbia esorbitato dai margini dell'opinabilità propri dell'attività tecnica – nello specifico, di scelta, ricostruzione e valutazione dei caratteri distintivi propri delle confessioni religiose – esercitata al fine dell'accertamento preliminare da compiersi nella fattispecie concreta, essendo viceversa pervenuta al risultato ottenuto, riproducendo il ragionamento logico ed

analiticamente argomentato seguito dall'Avvocatura generale dello Stato nel parere a tal fine espresso, così come complessivamente si evince dalla motivazione della nota della Presidenza del Consiglio, oggetto dell'odierno gravame.

4.3 In tale nota si evidenzia che la possibilità contemplata nell'art. 8, comma 3, della Costituzione, di addivenire ad una regolamentazione bilaterale dei rapporti mediante la conclusione di intese, è, secondo il Consiglio dei Ministri, espressamente riservata alle confessioni religiose diverse dalla cattolica; che nel citato parere l'Avvocatura Generale ha sostenuto che "per 'confessione religiosa' si intende generalmente un fatto di fede rivolto al divino vissuto in comune tra più persone che lo rendono manifesto nella società tramite una propria particolare struttura istituzionale"; che la connotazione oggettiva voluta dal Costituente nel quadro dell'art. 8, secondo comma, è chiaramente individuata da un contenuto religioso di tipo positivo.

Di tal che il Consiglio dei Ministri, concorde l'Avvocatura dello Stato, ha ritenuto la norma costituzionale non estensibile per analogia a situazioni non riconducibili a quella fattispecie.

4.4 Osserva il Collegio che la valutazione compiuta dal Governo in ordine al carattere non confessionale dell'Associazione ricorrente, in quanto richiama una concezione di confessione religiosa avente un contenuto positivo e, quale presupposto, "un fatto di fede rivolto al divino" – escludendo per converso da tale nozione un contenuto negativo rivolto a negare l'esistenza del trascendente e del divino – non sembra manifestamente inattendibile o implausibile, risultando viceversa coerente con il significato che, nell'accezione comune, ha la religione, quale insieme delle credenze e degli atti di culto che legano la vita di un individuo o di una comunità con ciò che ritiene un ordine superiore e divino; e tenuto altresì conto del fatto che la stessa UAAR si autodefinisce (nello "Statuto") "organizzazione filosofica non confessionale", che "si propone di rappresentare le concezioni del mondo razionaliste, atee o agnostiche, come le organizzazioni filosofiche confessionali rappresentano le concezioni del mondo di carattere religioso": con ciò autoqualificandosi essa stessa al di fuori dell'ambito delle confessioni religiose.

E pertanto il motivo all'esame va disatteso, unitamente ai motivi terzo e ottavo, in quanto formulati sul presupposto che l'Associazione ricorrente sia una confessione religiosa.

5. Del pari infondato è il quarto motivo di gravame, con cui si denuncia un presunto vizio di motivazione.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla odierna deducente, gli atti impugnati illustrano in modo compiuto ed esauriente l'iter logico giuridico seguito dal Governo per addivenire alle determinazioni censurate, come sopra già illustrato.

D'altra parte, pienamente legittima è la motivazione *per relationem*, quando l'atto richiamato, nella specie il parere dell'Avvocatura Generale dello Stato, sia reso disponibile alla parte (art. 3, comma 3, L. 241/1990); e nella specie, l'UAAR, a seguito di istanza di accesso in data 5.11.2003, ha ricevuto copia, tra gli altri atti, anche del suindicato parere reso sulla questione.

6. Da disattendere è anche la censura svolta col quinto mezzo, poiché il diniego di stipula dell'intesa ex art. 8, comma 3, Cost. in alcun modo incide sul diritto di associarsi liberamente ai sensi dell'art. 18 Cost., né sulle garanzie di cui agli artt. 19 e 21 Cost., che nulla hanno a che fare con le ripetute intese.

7. Del pari inconferenti si appalesano le doglianze articolate con il sesto ed il settimo motivo di impugnazione, sull'eccesso di potere per disparità di trattamento e per sviamento.

La negazione della asserita identità “confessionale” dell’UAAR non comporta profili di disparità di trattamento, essendo ovviamente ragionevole una disciplina diversa in riferimento a situazioni ritenute non coincidenti.

8. Per le ragioni complessivamente svolte il ricorso è infondato e va respinto.

(…).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima)
definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

(…)

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sez. II di Brescia, 29 agosto 2014, n. 925

Stranieri – Centri di accoglienza religiosi – Assimilazione agli organismi pubblici – Valore delle attestazioni – Solo se tra soggetto e straniero irregolare c'è una relazione di servizio

Sebbene i centri di accoglienza e/o di ricovero autorizzati o anche religiosi possono essere annoverati tra gli "organismi pubblici" (intesi come quei soggetti, pubblici, privati o municipalizzati che istituzionalmente o per delega svolgono una funzione o un'attribuzione pubblica e un servizio pubblico) può essere attribuita rilevanza documentale a una dichiarazione proveniente da un centro di accoglienza o ricovero anche autorizzato o anche religioso solo a condizione che tra tale soggetto e lo straniero irregolare intercorra una precisa relazione del tipo utente/erogatore di un servizio lato sensu "pubblico".

Omissis (…)

Considerato quanto segue:

1. l'impugnato decreto di rigetto dell'istanza di emersione presentata dal ricorrente è espressamente motivato con l'insussistenza del requisito della presenza in Italia nel periodo previsto dalla legge, non essendosi a tal fine ritenute documentalmente idonee:

a) la prescrizione rilasciata da un medico non nell'esercizio di funzioni proprie del S.S.N.;

b) la dichiarazione di un sacerdote della parrocchia di Ghedi, in quanto anch'essa non proveniente da organismo pubblico.

2. In ricorso non si contesta l'inidoneità della documentazione sub "a" – peraltro ritenuta non conforme al dettato dell'art. 5 D. Lgs. 109/2012 dalla costante giurisprudenza di questa Sezione (cfr. ad es. n. 26.6.2014, n. 728 e precedenti ivi citati) –, bensì si denuncia la violazione della suddetta norma e il vizio di eccesso di potere con esclusivo riferimento alla documentazione sub "b", sostenendosi che l'ente parrocchiale rientri, in quanto centro di accoglienza religioso, nel novero di quelli riconducibili alla nozione di organismo pubblico ex art. 5 citato, così come interpretato nella nota 4 ottobre 2012 n. 382122 dell'Avvocatura generale dello Stato.

Al ricorso vengono allegate:

– la dichiarazione 9 marzo 2014, resa dal responsabile dell'oratorio della Parrocchia di Ghedi prodotta anche al SUI, in cui si dichiara testualmente "*di conoscere il Signor K. S., vedendolo già prima del 31 dicembre 2011 nel mio oratorio a giocare a calcio oppure accompagnare il nipotino per gli allenamenti di calcio*";

– una dichiarazione integrativa, non presentata in precedenza al SUI, con cui una suora canossiana, collaboratrice stabile dell'oratorio, testimonia di "*aver visto il Signor K. S. prima del 31 dicembre 2011 qui in oratorio mentre accompagnava il nipote per l'attività di calcio*".

3. Con decreto presidenziale 26 giugno 2014, n. 440 si respingeva la domanda di misure cautelari monocratiche presentata contestualmente al ricorso, ritenendo «*che la dichiarazione resa dal responsabile dell'oratorio "Don Giovanni Bosco" di Ghedi non risulta circostanziata quanto a date e/o periodi temporali precisi, antecedenti il 31.12.2011 e agli estremi identificativi del ricorrente, così come richiesto dalla giurisprudenza di questa Sezione per casi analoghi (cfr. 24 giugno 2014, n. 673)* ».

4. Con successiva memoria del 15 luglio 2014, il ricorrente depositava un'ulteriore dichiarazione in data 3 luglio 2014 di entrambi i religiosi menzionati al precedente punto 2, in cui si forniscono le generalità del Sig. K. S.e si precisa che gli stessi lo hanno conosciuto "*qui all'oratorio all'inizio del mese di settembre 2010 ad accompagnare i nipotini per gli allenamenti di calcio fino a fine stagione 2010/11 e vedendolo ancora per tutta la stagione del 2011/12; inoltre ha partecipato anche agli ultimi tornei estivi organizzati da noi, fino a quest'anno*".

5.1. Ciò premesso, il Collegio osserva che la presente controversia può essere definita immediatamente con sentenza in forma semplificata proprio utilizzando i parametri ermeneutici prospettati nel parere 4 ottobre 2012 dell'Avvocatura generale dello Stato, richiamato anche da parte ricorrente e dalla stessa prodotto in questo giudizio.

5.2. Invero, detto parere evidenzia (letteralmente, cioè utilizzando il grassetto) che «*la ratio sottesa all'adozione del più ampio termine "organismi pubblici" è proprio quella di includervi anche soggetti, pubblici, privati o municipalizzati che istituzionalmente o per delega svolgono una funzione o un'attribuzione pubblica e un servizio pubblico*».

Nel proseguire fornendo l'elencazione esemplificativa di tali soggetti (tra cui sono espressamente nominati i "*centri di accoglienza e/o di ricovero autorizzati o anche religiosi*"), il predetto parere ha modo di precisare che "trattasi, a ben vedere, di documentazione che, pur non provenendo da un'amministrazione pubblica, è comunque rilasciata da soggetti che erogano servizi e/o intrattengono relazioni di carattere *lato sensu* pubblici, e ciò indipendentemente dalla condizione di regolarità dell'utente".

Col che l'accento viene, dunque, posto non tanto sul profilo soggettivo (pubblico o privato) degli organismi in esame, quanto sul profilo oggettivo, cioè quello della natura sostanzialmente pubblicistica della funzione da essi svolta in rapporto al soggetto irregolare, quest'ultimo definito testualmente quale utente del servizio reso dagli organismi medesimi.

Il paradigma ermeneutico ricostruito dal parere 4 ottobre 2012 è, pertanto, molto chiaro e può essere così ulteriormente esplicitato:

– a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'organismo, ai fini del rispetto della *ratio* perseguita dall'art. 5 D. Lgs. 109/2012 occorre che tra tale soggetto e lo straniero irregolare intercorra una precisa relazione del tipo utente/erogatore di un servizio *lato sensu* "pubblico";

– solo a condizione dell'esistenza di siffatta relazione, può essere attribuita rilevanza documentale a una dichiarazione (circostanziata nei tempi e nell'individuazione del soggetto straniero: cfr. la già citata sentenza n. 673/2014 di questa Sezione) proveniente da un centro di accoglienza o ricovero anche autorizzato o anche religioso;

– tale dichiarazione deve pertanto indicare anche il servizio di cui lo straniero ha usufruito (cfr. ancora la sentenza n. 673/2014), servizio di cui deve essere percepibile la valenza pubblicistica;

– a titolo esemplificativo, oltre ai servizi attinenti allo svolgimento di una funzione intuitivamente assistenziale (cioè quelli che costituiscono il *proprium* dell'accoglienza, come vitto e alloggio), questa Sezione ha ritenuto che rientrino in tale ambito anche

la rispettiva erogazione/fruizione di servizi connessi a una funzione igienico-sanitaria (docce: cfr. decreto presidenziale monocratico 27 maggio 2014, n. 311) o di supporto all'integrazione dello straniero nella nostra società (frequenza di corsi di lingua: sempre la sentenza n. 673/2014).

5.3. Nella specie, si tratta della fruizione non di prestazioni assistenziali di natura pubblicistica, bensì dello svolgimento di un'attività tipicamente ricreativa e/o del tempo libero (gioco del calcio), rispetto alla quale deve conseguentemente ritenersi non più ravvisabile quella ontologica connotazione pubblicistica tale da far rientrare i dichiaranti (religiosi impegnati in un oratorio parrocchiale) nella nozione di "organismi pubblici" di cui all'art. 5 citato.

5.4. Per di più, mentre le dichiarazioni rese dai religiosi in parola sono temporalmente precise rispetto agli allenamenti svolti dai nipotini dello straniero (che dunque era in veste non di fruitore di quel servizio, bensì di semplice accompagnatore, senza dunque entrare in relazione diretta con l'oratorio), sono invece piuttosto generiche rispetto all'attività svolta in prima persona dallo straniero medesimo (che avrebbe "giocato a calcio" prima del 31.12.2011 e avrebbe "partecipato anche agli ultimi tornei estivi organizzati" dalla parrocchia).

5.5. Conclusivamente, sotto gli esclusivi profili sin qui evidenziati il decreto impugnato risulta non censurabile laddove perviene alla conclusione di reiezione dell'istanza di emersione presentata dal ricorrente, in quanto "non è sussistente il requisito della presenza in Italia nel periodo previsto dalla legge", siccome non adeguatamente comprovata.

6. Per le considerazioni che precedono il ricorso deve essere respinto.

(…)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo RESPINGE

(…)

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sez. II di Brescia, 9 ottobre 2014, n. 1052

Stranieri – Centri di accoglienza religiosi – Assimilazione agli organismi pubblici – Valore delle attestazioni

La dichiarazione del responsabile di una parrocchia integra un argomento di prova attestante la presenza di uno straniero in Italia.

Omissis (…)
Evidenziato:
– che la Prefettura di Brescia ha emanato il provvedimento sfavorevole, adducendo quale motivo ostativo la mancata dimostrazione della presenza sul territorio nazionale dal 31/12/2011 (condizione minima necessaria per poter accedere alla procedura di regolarizzazione di cui al D. Lgs. 109/2012);
– che il ricorrente ha prodotto, al fine di fornire un principio di prova di tale circostanza, una dichiarazione rilasciata dal Parroco di S. Alessandro, con sede in Via Moretto 75 a Brescia;
– che Don Renato Tononi ha rassegnato una dichiarazione datata 9/10/2012, nella quale dà conto della frequenza di un corso di lingua italiana per stranieri dal 10/10/2011 al 27/1/2012, organizzato dalla Parrocchia di S. Alessandro;
Evidenziato in diritto:
– che i centri di accoglienza sono assimilati agli *"organismi pubblici"* nel parere dell'Avvocatura generale dello Stato, reso al Ministero dell'Interno in data 4/10/2012;
– che il parere predetto fornisce un'ampia interpretazione della locuzione *"organismo pubblico"* utilizzata dal D. Lgs. 109/2012, fino a comprendervi soggetti, anche privati, che istituzionalmente svolgono una funzione o un'attribuzione pubblica o un servizio pubblico come quello di cui alla presente controversia (sentenza breve Sezione 11/2/2014 n. 144);
– che in definitiva possono essere valorizzate le attestazioni rilasciate anche da istituti religiosi che si occupino di accoglienza o assistenza agli stranieri (cfr. sentenza breve Sezione 13/5/2014 n. 504);
– che pertanto la dichiarazione del responsabile di una Parrocchia integra un argomento di prova suscettibile di attestare la presenza della ricorrente in Italia al 31/12/2011;
– che la Sezione ha stabilito il termine "a ritroso" di 6 mesi rispetto al 31/12/2011, quale intervallo temporale nel cui ambito (secondo un giudizio di verosimiglianza e le regole della comune esperienza) la presenza in Italia può far logicamente presumere la permanenza dello straniero fino alla data fissata dal D. Lgs. 109/2012;
– che il corso frequentato dalla cittadina ucraina copre l'arco temporale sia precedente che successivo alla data utile;

– che in conclusione il ricorso è fondato e merita accoglimento, salvi gli ulteriori approfondimenti dell'autorità amministrativa (anche con la diretta audizione del Parroco autore della dichiarazione);

(…)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando accoglie il ricorso il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, accoglie il provvedimento impugnato.

(…)

Consiglio di Stato, Sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5320

Immobile abusivo – Destinato ad edificio di culto – Esenzione oneri concessori – Inammissibile

Ad un immobile abusivo, sebbene sia destinato poi ad edificio religioso per volontà privata, non spetta alcuna esenzione dai contributi concessori.

Omissis (…)
1. Con la sentenza n. 3391 del 17 luglio 2002, il TAR della Puglia si è pronunciata sul ricorso n. 613 del 1998, proposto dalla Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova e dall'Associazione Studenti Biblici di Palese e Santo Spirito.

Le ricorrenti hanno sostenuto di avere titolo alla esenzione dai contributi concessori, in sede di rilascio del condono edilizio per l'avvenuta realizzazione *sine titulo* dell'edificio di culto di proprietà della medesima Congregazione, poiché l'edificio si dovrebbe qualificare come 'opera di urbanizzazione eseguita dal privato nell'interesse generale', ovvero – in subordine – di avere titolo alla riduzione di un terzo, ai sensi dell'art. 34, comma 7, lett. c)., della legge n. 47 del 1985.

Il TAR ha in parte accolto il ricorso, limitatamente alla domanda – sostanzialmente subordinata – di riduzione di un terzo dell'oblazione, ai sensi del citato art. 34, comma 7, lett.c).

2. Con l'appello in esame, gli enti ricorrenti hanno criticato la sentenza di primo grado, sostenendo la sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi (la sussistenza della confessione religiosa interessata e dell'opera edilizia situata in area di espansione, adibita allo sviluppo dei servizi), al fine di accertare la spettanza dell'esenzione dai contributi concessori ai sensi dell'art. 9 lett. f) L. 10/1977.

3. Ritiene la Sezione che l'appello vada respinto.

Come correttamente rilevato nella memoria difensiva del Comune di Bari, non è applicabile nella specie l'art. 9 lett. f) L. 10/1977, poiché l'opera non è stata realizzata da un ente 'istituzionalmente competente' cui fanno capo per legge interessi generali (cfr. Cons. Stato, V, 19 maggio 1998 n. 617).

L'edificio, inoltre, non è stato realizzato sulla base di un titolo emanato in attuazione di uno strumento urbanistico, quale opera di urbanizzazione: esso ha riguardato un abuso edilizio, pur destinato poi ad edificio religioso per volontà privata senza alcuna previsione specifica del piano urbanistico.

Sotto tale profilo, ritiene la Sezione che le esenzioni dai contributi concessori spettano nei casi previsti dalla legge quando è rilasciato un atto abilitativo, comunque denominato, in attuazione di una previsione urbanistica: l'autorità che pianifica il territorio, nel prevedere le varie destinazioni, può così determinare quali somme possano essere successivamente pagate, nella successiva fase di attuazione dello strumento urbanistico.

Quando invece si è in presenza di un immobile abusivo, non spetta alcuna esen-

zione: può spettare una riduzione degli oneri – in sede di rilascio di una sanatoria o di un condono – solo nei casi espressamente previsti dalla legge. E a tale principio si è correttamente attenuta la sentenza appellata, che ha ritenuto applicabile unicamente la riduzione prevista dall'art. 34, comma 7, lett. c)., della legge n. 47 del 1985.

4. L'appello deve essere respinto con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

(...)

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 9851 del 2003, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

(...)

Presentazione

La sezione di legislazione e giurisprudenza canonica del presente numero si presenta ancora una volta per l'interesse dei documenti pubblicati, sia legislativi sia giurisprudenziali.

Per quanto concerne i primi, si pubblica il *Motu proprio* del Regnante Pontefice Francesco sul *Trasferimento della Sezione Ordinaria dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica alla Segreteria per l'Economia*, che continua l'opera di riformismo legislativo che ha caratterizzato sia il pontificato di Benedetto *decimo quinto*, sia quello di Papa Francesco. Inoltre, si pubblica la decisione sempre di Papa Francesco sulla rinuncia dei Vescovi diocesani e titolari di Uffici di nomina pontificia.

Nella parte giurisprudenziale, la Rivista pubblica una importante sentenza della Rota romana in tema di esclusione della prole commentato da Alessio Sarais ed una interessante sentenza del tribunale Ecclesiasitico Regionale Pugliese, in tema di condizione apposta al consenso matrimonio e dolo.

Lettera Apostolica in forma di “Motu Proprio” del Sommo Pontefice Francesco

Trasferimento della Sezione Ordinaria dell’Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica alla Segreteria per l’Economia

Confermando una tradizione plurisecolare, l’ultimo Concilio Vaticano II ribadì la necessità di conformare l’organizzazione della Santa Sede alle necessità dei tempi, adeguando soprattutto la struttura dei Dicasteri della Curia Romana, il loro numero, denominazione e competenza, così come i loro modi di procedere e il reciproco coordinamento alle reali esigenze della Chiesa in ogni momento.

Un concreto risultato di tali principi è avvenuto con la promulgazione, il 24 febbraio 2014, della Lettera apostolica, in forma di *Motu Proprio*, *Fidelis Dispensator et Prudens*, col quale ho istituito la Segreteria per l’Economia come Dicastero della Curia Romana. Essa, tenendo conto di quanto stabilito dal Consiglio per l’Economia, ha come competenze il controllo economico e la vigilanza sui Dicasteri della Curia Romana, sulle Istituzioni collegate con la Santa Sede e sulle amministrazioni dello Stato della Città del Vaticano.

Ciò considerato, e accogliendo il parere dei Capi Dicastero interessati, ho ritenuto opportuno che la Segreteria per l’Economia assuma sin d’ora tra i suoi compiti istituzionali, d’accordo con le modalità e nei tempi che stabilisca il relativo Cardinale Prefetto, quelli che fino ad oggi erano attribuiti alla denominata “Sezione Ordinaria” dell’Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica e, quindi, di trasferire al suddetto Dicastero le competenze che la costituzione apostolica *Pastor Bonus* del 28 giugno 1988 aveva affidato a detta Sezione dell’Amministrazione del Patrimonio della Santa Sede. Di conseguenza, l’Amministrazione del Patrimonio della Santa Sede non sarà più divisa in Sezioni e, in avvenire, svolgerà unicamente i compiti che finora erano a carico della *Sezione straordinaria*.

Di conseguenza, dopo aver esaminato con cura ogni questione riguardante la materia, e chiesto il parere dei Dicasteri competenti e di persone esperte, stabilisco e decreto quanto segue:

Articolo 1.

Il testo dell’articolo 172 della costituzione apostolica *Pastor Bonus* è integralmente sostituito dal testo seguente:

§1. Spetta a questo Ufficio di amministrare i beni di proprietà della Santa Sede destinati a fornire i fondi necessari all’adempimento delle funzioni della Curia Romana.

§2. L’Ufficio amministra anche i beni mobili ad esso affidati da altri enti della Santa Sede.

Articolo 2.

Il testo dell’articolo 173 della costituzione apostolica *Pastor Bonus* è integralmente sostituito dal testo seguente:

L'Ufficio è presieduto da un Cardinale, assistito da un determinato numero di Cardinali e da un Prelato Segretario.

Articolo 3.

Sono abrogati gli articoli 174 e 175 della costituzione apostolica *Pastor Bonus*.

Articolo 4.

Il Prefetto della Segreteria per l'Economia costituirà una Commissione tecnica con lo scopo di facilitare il trasferimento delle competenze finora attribuite alla Sezione Ordinaria dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica e determinerà, a partire della data odierna, come dovranno risolversi le questioni pendenti presso la suddetta Sezione Ordinaria fino al completo trasferimento effettivo dei compiti.

Tutto ciò che ho deliberato con questa Lettera apostolica in forma di *Motu Proprio*, ordino che sia osservato in tutte le sue parti, nonostante qualsiasi cosa contraria, anche se degna di particolare menzione, e stabilisco che venga promulgato mediante la pubblicazione sul quotidiano *"L'Osservatore Romano"*, entrando in vigore il giorno stesso della promulgazione.

Dato a Roma, presso San Pietro, il 8 Luglio dell'anno 2014, secondo del Pontificato.

Francesco P. P.

“Rescriptum ex audientia Ss.mi” sulla rinuncia dei Vescovi diocesani e dei titolari di uffici di nomina pontificia, 05.11.2014

Il Santo Padre Francesco, nell’Udienza concessa al sottoscritto Cardinale Segretario di Stato il giorno 3 novembre 2014, ha approvato le disposizioni sulla rinuncia dei Vescovi diocesani e dei titolari di uffici di nomina pontificia.

Il Santo Padre ha altresì stabilito che quanto è stato deliberato abbia ferma e stabile validità, nonostante qualsiasi cosa contraria anche degna di particolare menzione, ed entri in vigore il giorno 5 novembre 2014, con la pubblicazione su “L’Osservatore Romano”, e, quindi, nel commentario ufficiale Acta Apostolicae Sedis.

Dal Vaticano, 3 Novembre 2014.

Pietro Card. Parolin
Segretario di Stato

DISPOSIZIONI
SULLA RINUNCIA DEI VESCOVI DIOCESANI
E DEI TITOLARI DI UFFICI DI NOMINA PONTIFICIA

Il grave peso del ministero ordinato, da intendersi come servizio (diakonia) al Popolo santo di Dio, richiede, a coloro che sono incaricati di svolgerlo, di impegnarvi tutte le proprie energie. In particolare, il ruolo di Vescovo, posto di fronte alle sfide della società moderna, rende necessari una grande competenza, abilità e doti umane e spirituali.

A tale riguardo, i Padri del Concilio Vaticano II così si esprimevano nel decreto Christus Dominus: “Poiché il ministero pastorale dei vescovi riveste tanta importanza e comporta gravi responsabilità, si rivolge una calda preghiera ai vescovi diocesani e a coloro che sono ad essi giuridicamente equiparati, perché, qualora per la loro troppa avanzata età o per altra grave ragione, diventassero meno capaci di adempiere il loro compito, spontaneamente o dietro invito della competente autorità rassegnino le dimissioni dal loro ufficio. Da parte sua, la competente autorità, se accetta le dimissioni, provvederà sia ad un conveniente sostentamento dei rinunziatari, sia a riconoscere loro particolari diritti” (n. 21).

Rispondendo all’invito che il Concilio Vaticano II aveva espresso, il mio predecessore, il Beato Paolo VI, promulgò il 6 agosto 1966 ilMotu proprio Ecclesiae Sanctae (AAS 58 (1966) 757-787) che al n. 11 della Pars Prima invitava vivamente i Vescovi e gli altri ad essi equiparati a “presentare spontaneamente, non più tardi dei 75 anni compiuti, la rinuncia all’ufficio”. Queste disposizioni furono poi accolte sia dai cann. 401-402 e 411 del vigente Codice di Diritto Canonico, sia dai cann. 210-211, 218 e 313 del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali.

Uguale criterio venne anche seguito relativamente a funzioni proprie dei Cardinali, mediante il Motu proprio Ingravescentem aetatemdel Beato Paolo VI del 21 novembre 1970 (AAS 62 (1970) 810-813) e, più in generale relativamente alle funzioni dei Vescovi che prestano il loro servizio nella Curia Romana, con le sagge disposizioni che

San Giovanni Paolo II volle inserire nell'art. 5 della Costituzione apostolica Pastor bonus del 28 giugno 1988 (AAS 80 (1988) 841-930; cf. pure can. 354 CIC).

Prendendo in considerazione tutto quanto precede e accogliendo le raccomandazioni del Consiglio dei Cardinali che assistono il Santo Padre nella preparazione della riforma della Curia romana e nel governo della Chiesa, viene disposto quanto segue:

Art. 1.- È confermata la disciplina vigente nella Chiesa latina e nelle varie Chiese orientali sui iuris, secondo la quale i Vescovi diocesani ed eparchiali, e quanti sono loro equiparati dai cann. 381 §2 CIC e 313 CCEO, così come i Vescovi coadiutori e ausiliari, sono invitati a presentare la rinuncia al loro ufficio pastorale al compimento dei settantacinque anni di età.

Art. 2.- La rinuncia ai predetti uffici pastorali produce effetti soltanto dal momento in cui sia accettata da parte della legittima Autorità.

Art. 3.- Con l'accettazione della rinuncia ai predetti uffici, gli interessati decadono anche da qualunque altro ufficio a livello nazionale, conferito per un tempo determinato in ragione del suddetto incarico pastorale.

Art. 4.- Degno di apprezzamento ecclesiale è il gesto di chi, spinto dall'amore e dal desiderio di un miglior servizio alla comunità, ritiene necessario per infermità o altro grave motivo rinunciare all'ufficio di Pastore prima di raggiungere l'età di settantacinque anni. In tali casi i fedeli sono chiamati a manifestare solidarietà e comprensione per chi è stato loro Pastore, assistendolo puntualmente secondo le esigenze della carità e della giustizia, secondo quanto disposto del can. 402 §2 CIC.

Art. 5.- In alcune circostanze particolari l'Autorità competente può ritenere necessario chiedere a un Vescovo di presentare la rinuncia all'ufficio pastorale, dopo avergli fatto conoscere i motivi di tale richiesta ed ascoltate attentamente le sue ragioni, in fraterno dialogo.

Art. 6. - I Cardinali Capi Dicastero della Curia Romana e gli altri Cardinali che svolgono uffici di nomina pontificia sono ugualmente tenuti, al compimento del settantacinquesimo anno di età, a presentare la rinuncia al loro ufficio al Papa, il quale, ponderata ogni cosa, procederà.

Art. 7. - I Capi Dicastero della Curia Romana non Cardinali, i Segretari ed i Vescovi che svolgono altri uffici di nomina pontificia decadono dal loro incarico compiuto il settantacinquesimo anno di età; i Membri, raggiunta l'età di ottant'anni; tuttavia, quelli che appartengono ad un Dicastero in ragione di un altro incarico, decadendo da questo incarico, cessano anche di essere Membri.

Tribunale Ecclesiastico Regionale Pugliese e di Appello per l'Albania – Baren – Bituntina – Nullitatis Matrimonii – 20 marzo 2014 – c. Pica

Nullità di matrimonio – Consenso – Condizione *de futuro* – Condizione Potestativa –Dolo

La condizione de futuro *apposta al consenso matrimoniale rende nullo il vincolo di coniugio. Ciò, non solo per la natura contrattuale del matrimonio e per l'influsso che la tradizione romana ha sulla disciplina canonistica del matrimonio, ma anche per la tutela della volontà dei fedeli e della libera scelta dello stato coniugale, quale partecipazione precuipua dei fedeli laici alla vita e al fine della Chiesa di Cristo.*

Il dolo ordito per carpire l'altrui consenso rende invalido il matrimonio. La prova del dolo è raggiunta sia attraverso la cd. Prova materiale, la confessione in giudizio, sia attraverso la prova immateriale, cioè la confessione stragiudiziale riportata dai testi d causa e da questi appresa in tempo non sospetto.

1. – B. D. e S. V., alla rispettiva età di 37 e 32 anni, nel 1999, su iniziativa di quest'ultima, avviarono una relazione sentimentale che, a distanza di un anno e mezzo, li portò a contrarre matrimonio.

B. D., laureato in giurisprudenza, avvocato, ritornato alla vita civile dopo aver assolto l'obbligo del servizio militare come Ufficiale di complemento dell'Esercito a Padova, aveva intrapreso l'attività professionale nel suo luogo di origine, a Melfi (PT); S., laureata, prestava la sua attività di dipendente nella azienda delle O. M. M., di cui era anche socia, con sede in …, località non lontana da …, in cui abitava con la sua famiglia.

Il rapporto, dapprima saltuario, fatto di pochi incontri, data la distanza dei luoghi dove i due dimoravano, divenne assiduo quando B. D., congedatosi, fece ritorno in Basilicata. La vicinanza rivelò il differente stile di vita di entrambi, nonché il carattere, causando conflittualità di coppia e interruzioni della relazione.

B. D., da sempre vicino al mondo ecclesiale della sua Diocesi di A. e del suo paese Palazzo S. G., in passato aveva rivestito la carica di Presidente dell'Azione Cattolica e di membro del Consiglio diocesano della medesima Associazione.

Di contro, S.T. V. era rimasta estranea alla vita ecclesiale e solo dopo, per l'insistenza del fidanzato, all'età di oltre trent'anni, iniziò a partecipare al corso di preparazione alla Cresima.

Inoltre, mentre per Benedetto D. era la prima e significativa esperienza affettiva, alla V. ne venivano attribuite diverse, l'ultima delle quali ancora in corso con un giovane del luogo, quand'ella, inaspettatamente, gli fece visita a Padova.

E frequentandola, il D. avvertì subito che i suoi principi morali ed il conseguente

stile di vita erano ben diversi da quelli della V., sì da pensare di porre fine alla relazione che riprese allorquando ella mostrò un certo cambiamento, evidenziando il cammino spirituale intrapreso e lo sforzo di condividerne i valori.

Sicché, sempre su insistenza di lei, i due fissarono la data del matrimonio per il 10 febbraio 2001.

Ma nei pochi giorni che precedettero le nozze, S. T. V. dovette confidare a B. D. che la Cooperativa di cui era socia, oltre che dipendente, richiedeva - eccezionalmente e per un tempo limitato -, una fideiussione di 2 miliardi e 400 milioni di vecchie lire, a favore della medesima Società.

Alle spaventate rimostranze del futuro marito, preoccupato che tale impegno della futura moglie avrebbe pericolosamente coinvolto entrambi come coppia, ella reagì sostenendo l'unicità e temporaneità della garanzia da prestare. In realtà, la stessa, al solo scopo di indurre il D. ad accettare di sposarla, omise di dirgli che aveva già firmato la garanzia, con lettera farsa, datata 15 gennaio 2001, indirizzata alla sua Società.

Sia le sommarie informazioni assunte, sia le aleatorie ed inattendibili rassicurazioni della nubenda, indussero B. D. a porre la ferma condizione al celebrando matrimonio che non avrebbe esitato a considerare nullo qualora, in futuro, avesse scoperto, come seriamente dubitava, d'essere stato dolosamente raggirato.

Con siffatta condizione, B. D. celebrò il matrimonio in Matera il 10.02.2001 nella Parrocchia di …

E i suoi dubbi si rivelarono più che fondati.

In data 30.06.2005 le motivazioni della sentenza del Tribunale penale, presso cui S. T. V. aveva posto l'azione, respinsero la narrazione dei fatti come prospettati dalla stessa, ossia che lei sarebbe stata costretta dalla Società Cooperativa a firmare la fideiussione, sotto minaccia d'essere licenziata. Invero, nessun licenziamento era stato mai deliberato dalla Società nei confronti dei suoi dipendenti. Inoltre, come B. D. ebbe modo di sapere, tramite la sentenza di quel giudice, era prassi consolidata della Società ricorrere a tale forma di garanzia quando la Banca, su istanza degli stessi garanti, procedeva ad anticipazioni per gli affidamenti richiesti.

Sicché, avuto conferma della malafede della moglie, nonché del dolo da questa ordito, B. D., con lettera del proprio legale datata 09.09.2005, le preannunciava l'iniziativa della separazione coniugale, a cui faceva seguito la richiesta di accertamento di nullità del matrimonio presso il Tribunale Ecclesiastico Regionale Lombardo. Avutane sentenza negativa, egli ha adito, con capi diversi, questo Tribunale. Nel frattempo, il Tribunale civile di Lodi, su domanda congiunta dei due, il 13.04.2010 aveva pronunciato la cessazione degli effetti civili del matrimonio, riproducendo le stesse condizioni della separazione.

2. – Con libello del 13.02.2012, D. B. G. G. adiva questo Tribunale accusando di nullità il proprio matrimonio con V. S. T. per "*Condizione de futuro da lui apposta nel formulare il consenso nuziale (can. 1102 § 1 CIC), nonché per il dolo nella Convenuta (can. 1098 CIC)*" (cfr. Summ., pp. 1-5).

In data 20 marzo 2012 veniva costituito il Turno giudicante (cfr. Summ., pp. 33-31). Il Preside del Collegio, accertata la competenza *ratione domicilii Conventae* iuxta can.1673 n. 2 CIC, ammetteva il libello in data 11 aprile 2012 a norma del can. e disponeva la citazione delle Parti, rispettivamente a norma dei cann. 1505, § 1 e 1507, § 1, per l'udienza della concordanza del dubbio, fissata per il 16 maggio 2012, rinviata al 06.06,2012 (cfr. Summ., p. 37).

Nella data stabilita, era assente l'Attore, D. B., il quale, tramite il suo Patrono, Avv.

C. L., presente, giustificava l'assenza per motivi di salute ed insisteva sui capi accusati nel libello; non compariva la Convenuta, V. S. T., senza alcuna giustificazione; era presente il Difensore del Vincolo, Dott. G. V., il quale dichiarava che si procedesse secondo le indicazioni del Giudice.

Il Preside, constatata la grave difficoltà a realizzare una riconciliazione, preso atto della dichiarazione di parte attrice, a norma del can. 1677, § 2, decretava la concordanza del dubbio con la formula: "*Se consti della nullità del matrimonio per: 1. Condizione de futuro apposta dall'Attore; 2. Dolo ordito dalla Convenuta*" (cfr. Summ., p. 38).

Espletata la raccolta delle prove, il Preside, iuxta can. 1598, § 1, in data 16.10.2013 disponeva la pubblicazione degli Atti.

Il giorno 14.11.2013 veniva decretava la *Conclusio in causa*.

Nella fase dibattimentale intervenivano i Patroni delle Parti ed il Difensore del vincolo.

Infine, la causa veniva passata al Collegio giudicante, donde la presente Sentenza.

IN DIRITTO

A) Condicio de futuro iuxta can. 1102 §1 CIC

3. – La tradizione canonica, facendo ricorso ai principi del diritto romano concernenti l'applicazione delle condizioni ai contratti, fece entrare anche nel proprio campo normativo l'applicazione della condizione al matrimonio per l'asserita sua natura contrattuale, sebbene, secondo la tradizione romana, alcuni negozi, in quanto atti legittimi, non potevano essere sottoposti a condizione (D. 50, 17, 77), come del resto lo stesso matrimonio, in quanto *consortium omnis vitae* (D. 23, 2, 1).

Nella divergenza di motivazioni, e cioè se nel caso "condicionem matrimonio appositam vitiari" o se "eius adiectione vitiari ipsum coniugium, ad instar actus legitimi" (D. 50, 17, 77), prevalse la tesi secondo la quale l'applicazione della condizione al matrimonio è una conseguenza del suo carattere contrattuale, stabilendosi che "condicio apponi potest non solum in matrimonio, sed etiam in aliis contractibus" (Glossa ad tit. V, lib. IV *Decretalium Gregorii IX: De condicionibus appositis in desponsatione vel in aliis contractibus*).

Distinguendo in seguito sulla natura delle condizioni e sull'efficacia giuridica o meno di alcune di esse, con esclusione di quelle "contra substantiam matrimonii, turpes vel impossibiles" (c. 7, X, 4, 5) la dottrina canonica riconosceva rilevanza giuridica ad alcune condizioni, per la loro incidenza sulla natura contrattuale del matrimonio, alle condizioni cioè lecite sospensive *de futuro*, o quelle *de praeterito* o *de presenti*, come nel can. 1092 del precedente Codice di diritto canonico.

4. – Invero, la rilevanza o efficacia giuridica delle condizioni con riferimento al matrimonio non dipende solo dall'influsso della tradizione romana o dalla natura contrattuale dello stesso o dal consenso matrimoniale, ma anche dalla necessità di salvaguardare la libertà di scelta dello stato di vita coniugale (cfr. can. 219) o dalla natura dell'amore coniugale, che "unendo assieme valori umani e divini, conduce gli sposi al libero e mutuo dono di se stessi" (*Gaudium et spes*, n. 49).

Sicché, si suole giustificare l'apposizione delle condizioni al matrimonio sia a motivo della sua natura contrattuale, sia per consentire la libertà di contrarlo, così come

a riguardo similmente si ammonisce: "Quoniam Deus ab initio constituit hominem et reliquit illum in manu consilii sui (Eccl. XI, 14), hinc homo potest in matrimonium consentire vel pure ac simpliciter, vel nonnisi sub tali condicione, vel tandem addito modo, causa, demonstratione" (P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Città del Vaticano 1932, p. 73, n. 878).

Sebbene "matrimonium propter reverentiam sacramenti et plurium incommodorum pericula contrahi debet pure et simpliciter" (*l.c.*), e non sotto condizione, tuttavia ancora al tempo della codificazione recente è stato respinto il suggerimento di considerare ogni clausola condizionale " pro non adiecta", cioè "per negationem actionis ex conditione ad impugnandum matrimonium".

E la giustificazione deriva da una duplice ragione, sia perché "revera consensus pendet a conditione realiter posita, etsi haec in iure pro non adiecta habetur" (*Communicationes*, 15, 1983, p. 234), sia perché può trattarsi "de iure quod habent sponsi apponendo condiciones" (*Communicationes*, 9, 1977, p. 378). E, infatti, secondo la giurisprudenza rotale "ipsum naturale ius videtur admittere facultatem apponendo condicionem cuilibet contractui" (coram Lefebvre, decisio diei 9 maii 1970, in *RR-Dec.*, vol. LXII, p. 483, n. 2).

5. – Riconosciuta, pertanto, l'efficacia giuridica delle condizioni anche per il matrimonio, il can. 1102 del Codice vigente così recita:

"§ 1. Il matrimonio sotto condizione *de futuro*, non può essere contratto validamente.

§ 2. Il matrimonio contratto sotto condizione del passato o del presente, è valido, oppure no, secondo che quanto sta sotto condizione esista, oppure no.

§ 3. La condizione, tuttavia, di cui nel § 2, non si può apporre lecitamente, se non con la licenza dell'Ordinario del luogo, data per scritto".

Com'è evidente, la nuova legge ecclesiale ha profondamente rinnovato il dispositivo concernente il consenso condizionato o l'oggetto del consenso pendente dalla condizione, espressioni - quest'ultime – da preferirsi a quella di matrimonio condizionato, dato che "consensus ad matrimonium nullam recipit condicionem, quia est legitimus actus" (COVARRUBIAS, *Epitome super IV Decretalium*, Venetiis 1568, p. II, c. III, n. 3); e, com'è noto, questa novità della disciplina canonica riguarda soprattutto la condizione propriamente detta *de futuro*. "Re quidam vera – si legge in una coram Stankiewicz del 30 gennaio 1992 -, cum condicio proprie dicta in subordinatione efficaciae iuridicae matrimonii ab eventu futuro et incerto consistat, tractus duractionis seu pendentiae, quem condicio de futuro inducit, difficulter componi potest cum dignitate sacramenti matrimonii, quod est signum sensibile significans et efficiens gratiam, ideoque veluti actus legitimus in traditione romana condicionem de futuro una cum statu pendentiae non patitur" (*RRDec.,* vol. LXXXIV, p. 14, n. 5).

6. – È da sottolineare, tuttavia, che la proibizione di apporre la condizione *de futuro* al consenso comporta non solo la nullità della clausola condizionale, come alcuni sostengono (cfr. coram Palestro, decisio diei 17 decembris 1986, in *RRDec.,* vol. LXVIII, p. 730, n. 5; coram Boccafola, decisio diei 27 maii 1987, *ibid.,* vol. LXXIX, p. 321, n. 3), ma rende nulla la stessa dichiarazione della volontà condizionata ad un evento futuro ed incerto, ossia irrita lo stesso consenso matrimoniale e, per conseguenza, il matrimonio contratto *sub conditione de futuro* (cfr. A. M. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Roma 1985, p. 74; J. F. CASTANO, *Il sacramento del matrimonio*, Roma 1992, p. 391).

7. – Una particolare specie di condizione è quella che tecnicamente è detta *potestativa*. In questa, il verificarsi o non degli eventi, dipende dalla volontà di uno dei contraenti.

La dottrina, stante il dettato del can. 1092, non è stata univoca sul valore e sul modo con cui tale specie di condizione deve essere considerata, soprattutto allorché l'evento è destinato a realizzarsi in futuro ed, in tale caso, essa è detta *condicio potestativa de futuro*. E l'assenza di univocità derivava in sostanza dalla considerazione dei problemi pratici e morali conseguenti il dover considerare "sospeso" il consenso matrimoniale indefinitamente nel tempo e in dipendenza di un comportamento e di una decisione altrui. Si pensi al grave inconveniente della promulgata difformità fra la situazione sostanziale e quella formale in una materia di così grande rilievo quale quella dello stato di vita delle persone; ovvero al problema morale dell'illiceità dei rapporti coniugali intrattenuti dalle parti in "pendenza" del consenso di uno dei due, ossia quando le parti non sono sostanzialmente coniugi.

Sicché, dottrina e giurisprudenza avevano proceduto a costituire una *fictio iuris* in forza della quale la cosiddetta "purificazione" della condizione (ossia la volontà del soggetto che la condizione pone di produrre anche gli effetti del consenso prestato) veniva rapportata non già all'effettivo comportamento di colui nella cui "potestà" stava l'adempimento della condizione, bensì alla sincerità dell'impegno di quest'ultimo, al momento della manifestazione del consenso, di garantire l'adempimento della condizione propostagli.

Di fatto, tale soluzione fortemente artificiale (appunto *fictio iuris*) se evitava la sospensione del consenso quanto alla sua efficacia dando subito vita al vincolo matrimoniale, comunque spesso rimaneva distante dall'effettiva realtà delle cose ed, ancor peggio, prestava il fianco ad un facile straripamento del potere del giudice sì da farlo cadere in un evidente errore giudiziario.

Se, infatti, nessuna umana potestà, neppure quella del Legislatore, può supplire il consenso delle parti (cfr. can. 1057), a *fortiori* questa facoltà difetta al giudice, il quale è obbligato ad elaborare presunzioni solo "*ex facto certo et determinato*, quod cum eo, de quo controversia est, *directe* cohaereatur" (can. 1586).

Ogni pretesa contraria da parte della giurisprudenza equivarrebbe a supplire un consenso che in realtà non c'è.

Di tanto, deve però dirsi, che la giurisprudenza si è resa ben conto, orientando alla formulazione del disposto codiciale vigente, sia latino che orientale, che ha praticamente superato la problematica. Esso, infatti, come si è visto, attribuisce efficacia invalidante il consenso ad ogni condizione *de futuro*, indipendentemente dal suo tipo e contenuto, quindi anche alla condizione chiamata *potestativa*.

8. – Per completezza espositiva del vigente can. 1102 occorre aggiungere, come si sancisce al § 2 di esso, che se anche le legislazioni moderne (ad es., quella italiana: art. 108 del Codice civile) neghino possa aver luogo un vero fenomeno condizionale (cfr. A. FALSEA, *Condizione (diritto civile)*, in *Enciclopedia Giuridica*, VII, Roma 1988, p. 6), il Legislatore canonico, secondo la tradizione romana, attribuisce rilevanza condizionale anche alla condizione *de praesenti* e *de praeterito*, che taluno avrebbe ben visto eliminate, come del resto, accade nel CCEO, al can. 826.

In materia, il Legislatore ha solo tratto le conseguenze dal fatto che è il consenso delle parti - che non può essere supplito da nessun potere umano – la sola ed efficace causa del matrimonio.

Inoltre, in conseguenza della stessa natura delle condizioni *de presenti* e *de*

praeterito, l'influsso di esse sull'efficacia del consenso matrimoniale muta profondamente rispetto alla condizione *de futuro.* È chiaro infatti che l'efficacia del consenso matrimoniale non potrà restare sospesa ovvero essere eventualmente ritrattata; al contrario essa sarà subito reale o meno a seconda della sussistenza o non dell'atto dedotto in condizione.

9. – Va ribadita altresì la necessità che l'apposizione della condizione venga fatta con atto positivo di volontà, esplicito o implicito. È invece da disattendere una intenzione abituale o addirittura interpretativa.

Data la coessenzialità della condizione con l'atto del consenso, non si hanno due atti di volontà, uno con cui si sceglie il matrimonio e l'altro con cui si sottomette a condizioni, ma un unico atto con cui si vuole il matrimonio legato a quella condizione futura ed incerta, che è entrata a comporre la sostanza del matrimonio, al punto che mancando viene meno la volontà matrimoniale. E da questo, consegue la gravità della condizione, che il C.J.C. sancisce con la nullità del matrimonio, in quanto snatura il consenso matrimoniale che o è assoluto o non è del tutto.

"Nella fattispecie del matrimonio condizionale – annota correttamente il Bonnet – si riscontra in realtà una volontà effettiva ed attuale, ancorché subordinata nella sua efficacia ad un evento condizionante, che assume per volere dei contraenti stessi la funzione di accettare l'avveramento, avvenuto o mancato, di quel piano di interessi esterni, che in relazione al suo sorgere o meno, impedisce oppure permette al consenso matrimoniale di attingere la sua efficacia. Questa stessa effettiva attualità consente anche di affermare, pur nella complessità della fattispecie che si viene in tal modo a delineare, il valore peculiarmente unitario di una siffatta volontà" (P. P. BONNET, *L'essenza del matrimonio canonico,* Padova, Cedam 1976, pp. 452-456). Ed il Rossetti, a chi sostiene il verificarsi di una duplice volizione, risponde: "quell'unica, attuale, compiuta, assoluta volizione, cioè la volontaria dichiarazione, ha un contenuto cioè un *oggetto materiale* non semplice, ma complesso e quindi articolabile in una alternativa. Il soggetto che vuole dichiarare (e realmente così intende) di acconsentire al matrimonio se si verificherà l'evento, non è propriamente un soggetto che *abbia volontà* oppure *non abbia volontà* di dichiarare a seconda che si verificherà o non l'evento, ma è un soggetto che assolutamente *ha volontà* ossia con unica e indivisibile volizione *vuole* dichiarare (e così intende) di accettare ed escludere il matrimonio a seconda dell'una o dell'altra eventualità" (G. DOSSETTI, *La formazione progressiva del matrimonio canonico. Contributo alla dottrina degli sponsali e del matrimonio condizionale,* Bologna 1954, p. 111).

10. – Prima di trasferire il discorso dal piano sostanziale a quello processuale, occorre diversificare la condizione da figure apparentemente similari.

Essa si diversifica:

a) dall'errore circa una qualità intesa in modo diretto e principale, in quanto questo presuppone, più che un positivo atto di volontà (cfr. coram Canals, decisio diei 29 ianuarii 1964, in *RRDec.,* vol. LVI, pp. 43-44, n. 2; coram Felici, decisio diei 1 decembris 1953, *ibid.*, vol. XLV, p. 731, n. 4), lo stato terminale di assoluta certezza, sia pure erronea, nell'errante, al contrario dell'apponente la condizione che potrebbe essere in stato di dubbio, quantomeno iniziale. A riguardo è ormai pacifico che il dubbio possa cessare, sebbene permanga la condizione, in quanto la certezza acquisita mediante la falsa promessa di chi l'ha in mano, "nullo modo destruit condicionem antea appositam, sed consensus eidem subordinatus remanet, non obstante

subsequenti certitudine, quae esse simul potest cum virtuali voluntate conticionata" (COMMISSIO SPECIALIS CARDINALIUM, in *causa Versalien.*, decisio diei 2 augusti 1918, in *AAS,* 10, 1918, p. 390).

Inoltre, mentre nella condizione è la volontà dell'apponente a produrre la nullità del consenso in caso di mancata verifica dell'evento dedotto, nell'errore il consenso è viziato dal difetto dell'oggetto o della qualità richiesti;

b) dalla *causa contrahendi* che rappresenta solo il motivo per cui si contrae il matrimonio;

c) dalla *demonstratio* che identifica ed evidenzia solo la qualità in base alla quale si opta per una determinata comparte;

d) dal *praerequisitum* o *postulatum* che riguarda esclusivamente la decisione di contrarre o non e che non entra nel processo formativo del consenso in quanto lo precede;

e) dal *modus*, il quale, concettualmente, integra l'*adiectio alicuius oneris ad contractum iam perfectum.*

11. – Circa la prova della condizione, il cardine dell'accertamento giudiziale è dato dal nesso tra la circostanza optata e lo stesso consenso (cfr. coram Anné, decisio diei 2 decembris 1969, in *RRDec.,* vol. LXI, p. 1108, n. 4). Occorre, infatti provare non solo l'esistenza della condizione, ma che essa, al momento della formazione e manifestazione del consenso, sia stata realmente apposta mediante un atto positivo di volontà.

Nel caso di condizione *de futuro* l'unico oggetto della prova è il fatto dell'apposizione di essa; da questa discende, infatti, la nullità del matrimonio.

Di tale fatto può acquisirsi la prova per duplice via, da percorrersi quasi sempre in parallelo.

a) Per la *via* cosiddetta *diretta*, ossia a partire dalla dichiarazione giudiziale di chi asserisce di aver posto la condizione e, soprattutto attraverso la raccolta di testimonianze che attestino della dichiarazione stragiudiziale circa la detta apposizione, testimonianze tanto più significative quanto in sé coerenti, concordi con altre, circostanziate, vicine cronologicamente al momento della prestazione del consenso;

b) per la *via* cosiddetta *indiretta*, ossia indiziaria e circostanziale. Fra gli indizi due vanno segnalati come di particolare rilievo: l'*apprezzamento*, in positivo o negativo, che il soggetto attribuisce al fatto dedotto in condizione (*criterium aestimationis*) e – come si diceva – il *dubbio*, dato che, da un punto di vista psicologico e, quindi, probatorio, difficilmente l'apposizione di una condizione si comporrebbe con una certezza, positiva o negativa che si voglia. Ovviamente, sul piano della prova, il dubbio, non essendo nella sostanza un elemento costitutivo del concetto giuridico di condizione, non può essere richiesto come assolutamente necessario nella dimostrazione di essa, anche se ne sarà ordinariamente un elemento indiziario importante.

c) Fra le circostanze ha particolare peso il riscontro del comportamento (*criterium reactionis*) del soggetto cui è attribuita l'apposizione della condizione al momento dell'accertamento della non purificazione della medesima.

B) Dolo ordito iuxta can. 1098 CIC

12. – Il can. 1098 così recita: "Chi celebra il matrimonio raggirato con dolo, ordito per ottenere il consenso, circa una qualità dell'altra parte, che per sua natura può perturbare gravemente la comunità di vita coniugale, contrae invalidamente".

13. – Il Legislatore, con questa nuova norma positiva fondata su un precetto di diritto naturale, ossia quello della libertà del consenso matrimoniale, vuole colpire il fenomeno del *dolus malus* definito dal Michiels come "deceptio alterius deliberate et fraudulenter commissa, qua hic inducitur ad ponendum determinatum actum iuridicum" (G. Michiels, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Parisis 1955, p. 660).

Già il diritto romano, secondo la definizione di Labeone, considerava dolo "*omnis calliditas fallacia machinatio ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam*" (Dig. IV, 3,1,2, in ARANGIO RUIZ-GUARINO, *Breviarium Juris Romani,* ed. IV, Milano 1967, p. 461).

14. – Per una retta applicazione di tale principio, sono da tener presenti le condizioni prescritte, da intendere in modo unitario. Occorre che:

1° il dolo dia causa (*dolus causam dans, dolus efficax)* ad un effettivo inganno o errore del soggetto contraente;

2° il dolo (*dolus malus* e non *dolus bonae fidei*) sia posto in atto deliberatamente allo scopo preciso (*dolo diretto*) di carpire il consenso matrimoniale di una persona; se col dolo s'intendono perseguire altri scopi, ad es. tutelare il proprio onore, evitare una condanna, ecc., il consenso per sé non ne resta viziato, sebbene il dolo determini un inganno e sia lesivo della libertà di determinazione del contraente, in quanto il canone parla espressamente di "dolus ad obtinendum consensum patratus";

3° il dolo abbia per oggetto una qualità attuale della persona che il "deceptus" intende sposare, non di altri, anche se ad essa legati intimamente; a riguardo, il canone è tassativo: "circa alterius partis qualitatis". Il termine *qualitas* – precisa A. Stankiewicz – "ontologice importat quemdam modum substantiae seu quamdam determinationem secundum aliquam mensuram … ob quam personae inter se differunt adspectu pasychico, morali, religioso, sociali, iuridico, et ita porro" (coram Stankiewicz, decisio diei 27 ianuarii 1994, *RRDec.,* vol. LXXXVI, p. 68, n. 24);

4° la qualità oggetto della *deceptio dolosa* e del conseguente errore doloso sia "qualitas quae suapte natura consortium vitae coniugalis graviter perturbare potest". Le parole "suapte natura", da intendersi secondo il loro significato proprio considerato nel testo e nel contesto (cfr. can. 17), indicano, in ordine alla valutazione del turbamento che la qualità o circostanza può recare al matrimonio, una preferenza del criterio oggettivo, nel senso di "communis aestimatio, a iurisprudentia confirmata", invece di un criterio meramente soggettivo. Pertanto, sono da considerare circostanza o qualità atte a turbare gravemente il consorzio di vita coniugale la sterilità, di cui si fa esplicita menzione nel can. 1084, § 3, una malattia molto contagiosa, una gravidanza indotta da una terza persona, una condizione psicopatica (Cfr. coram Burke, decisio diei 25 octobris 1990, *RRDec.,* vol. LXXXII, p. 725, n. 12).

15. – I commentatori distinguono il dolo *determinante* – detto anche *dolus causam dans* – che fu causa dell'atto tanto che senza di esso non si sarebbe dato quell'atto, dal dolo *incidentale* – detto *dolus incidens* – senza il quale l'atto si sarebbe ugualmente compiuto, ma a migliori condizioni.

Inoltre, si distingue il dolo *positivo* da quello *negativo*, ossia *omissivo* che consiste non tanto nel mettere in moto macchinazioni di raggiro, quanto nel silenzio sleale verso l'altro contraente (cfr. D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino ed.1962, vol. I, p. 405 ss.; A. TORRENTE, *Manuale di diritto privato,* Milano ed. 1965, p. 160 ss., § 111).

16. – Circa la prova dell'errore ai sensi del can. 1098, si trova spesso utilizzato lo strumentario logico costituito dai due criteri indiziari denominati *criterium aestimationis* e *criterium reactionis*. In concreto: l'accertare che il soggetto tenesse alla presenza o all'assenza di una certa qualità personale nel suo futuro coniuge, nonché il verificare come esso si sia comportato alla scoperta dell'errore sono considerati elementi indiziari della prova di un vero stato di errore e – ancor più precisamente – di un errore determinante, ossia *causam dans* al consenso matrimoniale.

Va da sé, nell'applicazione di tale criteriologia probatoria della condizione soggettiva di errore, che i due criteri *reactionis et aestimationis* non potranno tuttavia essere esigiti con quella nettezza con cui logicamente debbono riscontrarsi nell'altra fattispecie di errore sulla qualità personale del coniuge rilevante quale vizio del consenso.

Infatti, nell' ipotesi in parola, ossia quella di cui al can. 1097 § 2, la qualità personale che è oggetto di errore sarebbe stata in ipotesi voluta dal soggetto errante in modo "diretto e principale", ovvero costituita per propria decisione oggetto essenziale della propria volontà negoziale.

Quanto alla *specificità del dolo,* ovverosia alla sua finalizzazione all'ottenimento del consenso matrimoniale, si ritiene non infondato rifarsi allo strumentario abitualmente utilizzato per dimostrare il fenomeno, per certi versi analogo, della simulazione di consenso. Infatti l'intenzione di carpire all'altro il compimento di uno specifico atto giuridico non può che attuarsi attraverso un atto di volontà positivo e finalisticamente orientato in tale senso.

Così, la specificità del dolo sarà dimostrabile attraverso la prova diretta o materiale, che consiste nella confessione in giudizio dell'inducente in errore, ma soprattutto nella confessione stragiudiziale riportata da testi che conobbero in tempo non sospetto il fine della sua azione sleale nei confronti dell'indotto in errore.

Inoltre, tale specificità del dolo sarà dimostrabile attraverso la prova indiretta o logica, desumibile dalle circostanze e dai moventi riscontrabili nell'agire del soggetto: per esempio se egli tenesse molto al matrimonio; se spingesse per farlo o affrettarlo; se avesse altri motivi per esercitare l'azione dolosa (per esempio proteggere la sua buona fama, evitare sanzioni penali).

È chiaro, come del resto avviene nei casi di simulazione, che le due "vie" di prova spesso potranno concorrere.

IN FATTO

A) Circa la condizione apposta dall'Attore
B) Circa il dolo ordito dalla Convenuta

17. – Il Collegio giudicante, valutato tutto il complesso delle risultanze istruttorie, con morale certezza, riconosce la fondatezza processuale dell'assunto attoreo.

Per economia espositiva, si stima conveniente trattare i due capi contestualmente, pervenendo a conclusioni distinte nel rispetto dell'autonomia dei medesimi.

18. – Centrando, ora, le ragioni che hanno convinto della radicale nullità del matrimonio in esame, facciamo riferimento, in primo luogo, alla assoluta attendibilità e sincerità dell'Attore. Questi, laureato in legge, ufficiale di complemento durante il servizio militare, dopo aver praticato l'attività di avvocato per poco tempo (cfr. Summ., 80/4), ha preferito l'impiego in banca (cfr. Summ., 81/9). È descritto dai suoi

parenti quale "*uomo trasparente, onesto*" (Summ., 47/4); "*per anni un responsabile dell'Azione Cattolica, membro del Consiglio diocesano della medesima associazione, un impegnato nel sociale*" (Summ., 47/3), "*dalla coscienza retta*"(Summ., 67/3); stimato e "*amato come un figlio*" dal suocero (Summ., 85/9), come anche dai parenti della Convenuta; tra questi, il B. lo definisce "*religiosissimo … una persona molto buona ed onesta*" (Summ., 92/4). Per converso, ulteriore conferma dell'onesta ed attendibilità dell'Attore è data dalla sentenza penale emessa dal Tribunale di Trani (cfr. Summ., vol.I, pp. 149-186), a seguito della quale i familiari della Convenuta sentirono il dovere di porgere le proprie scuse all'Attore (cfr. Summ., pp.55-62). Anche il parroco *pro tempore* della parrocchia nei cui locali l'Attore pose il suo studio legale "*dal 2000 al gennaio 2002*", scrive: "*… ritengo che B. è equilibrato e veritiero, uomo di integra condotta e di provata fede*" (Summ., p. 130; cfr attestati di credibilità dell'attuale parroco dell'Attore e di Sr. L. D. S.: pp. 96-99).

Da tale unanime riconoscimento deriva una prima logica conseguenza: la dichiarazione giurata dell'Attore, per quanto non elevabile, ex can. 1536, § 2 CIC, a prova definitiva della tesi dedotta in giudizio, ne forma solido argomento di fondo cui prestare fede ed attenzione massime "*utpote viam ad probationem praestat*".

19. – Non così, invece, circa la Convenuta, ritenuta inaffidabile (Summ., 42-43/3-4), frivola, dal passato sentimentale chiacchierato. Per dieci anni, aveva avuto una relazione con un avvocato di Spinazzola, venuta meno per il carattere di lei (cfr. Summ., 73/3) e, negli affetti, per la sua spregiudicatezza, tant'è che quando prese a "*corteggiare*" l'Attore, frequentava un altro uomo del posto (cfr. Summ., 51/3).

Laureata in lingue, ella, a trent'anni, si era affermata come imprenditrice in una società di produzione e lavoro, di cui, oltre che come dipendente, era socia facente parte del consiglio di amministrazione (cfr. Summ., 83/4; 88/4).

Questi, dunque, i protagonisti della vicenda in esame: agli antipodi caratterialmente e, soprattutto, diversi quanto ai principi morali e al conseguente stile di vita.

20. – Entrando nel merito, l'**Attore**, in giudizio riferisce che nel 1999 fu raggiunto dalla Convenuta a Padova, dove egli prestava il servizio militare, in qualità di ufficiale di complemento, e seguì, suo malgrado, una frequentazione, trascinatasi per la caparbietà di lei (cfr. Summ., 42/3). Dalle prime informazioni che egli raccolse, ella, infatti, risultava essere una donna dalle molte "*storie affettive*" che – come lo stesso dice – "*non garantiva una certezza ed una affidabilità sentimentale ed affettiva*" (Summ., 43/3).

Tornato a Palazzo San Gervasio, l'Attore ebbe modo di verificare che lo stile di vita di entrambi era stato diverso nel corso dei passati trent'anni e quanto era difficile impostare una seria relazione orientata al matrimonio. "*… i miei principi erano diametralmente opposti* – egli dichiara – *da quelli di S. T. … Questa divergenza di principi, soprattutto morali, mi rendeva insicuro. Dubitavo che Serenella Teresa fosse la donna giusta per me*" (Summ., 43/4).

Sicché, nell'estate del 2000, a pochi mesi dalla assidua frequentazione, la relazione subì una interruzione proprio a motivo delle opposte mentalità e, l'Attore precisa: "(essa) "*riprese su iniziativa di lei*", la quale diceva che "*sarebbe cambiata, che io ero l'unico uomo, la persona che desiderava sposare ed avere come guida*" (Summ., 43/4). Tale circostanza è confermata da una lettera della Convenuta al fidanzato (cfr. Summ., p. 100, vol. I).

Fu soprattutto la buona volontà mostrata dalla donna nell'accostarsi alla pratica religiosa ed il dare a vedere "*un certo cambiamento*" ad indurre l'Attore ad accettare la proposta di nozze, avanzata dalla stessa (cfr. Summ., 43/4), nonostante egli continuasse

ad essere gravato dal dubbio sulla buona riuscita del futuro coniugale, atteggiamento dubbioso che la stessa Convenuta riconosce nel corso della sua deposizione giudiziale, allorquando dichiara che "*B. è sempre stato chiuso e diffidente*" (Summ., 74/4).

Giova citare, a riguardo, quanto riferito da **A. D.**, sorella dell'Attore, la quale sottolinea che fu grazie a suo fratello che la Convenuta "*riprese a frequentare la parrocchia ed, in vista della Cresima, a fare un cammino di catechesi*" (Summ., 67/3); fatto, per B., "*molto importante*", in quanto egli "*è sempre stato un religioso, praticante, aderente all'Azione Cattolica … un puro di cuore … dalla coscienza retta*" (Ibid., passim).

21. – Ma a distanza di circa un mese dalla celebrazione delle nozze, un grave inconveniente allarmò l'Attore.

Su insistenza della Convenuta (cfr. Summ., p. 105), come si evince nel verbale n. 108 del CdA della Società Cooperativa tenutosi il 22 gennaio 2001, i soci amministratori prendevano atto delle lamentele della collega circa la rischiosità delle "*attuali garanzie fideiussorie prestate alle banche … eccessivamente gravose*" (Summ., p. 106). Tali forme di garanzia, infatti, nel caso di una sempre possibile insolvenza o ritardata erogazione dei contributi da parte dello Stato o dei pagamenti da parte dei clienti, o ritardi nell'esecuzione delle opere commissionate, esponevano, per il loro rilevante importo di svariati miliardi, i patrimoni dei sottoscritti a rischio incalcolabile. Consapevole di questo, la Convenuta sollecitava il CdA di contattare l'istituto di credito onde trovare altre forme di garanzie di minore rischio, nonché di minore costo e fiscalmente detraibili, dato che - si legge nel citato verbale – "*… trattandosi di una Cooperativa e non di una società di capitali … il patrimonio non è divisibile materialmente tra gli stessi, ancor di più l'esposizione del patrimonio personale di essi è altamente elavata*" (Summ., p. 106). Nello stesso verbale si legge altresì che le garanzie fideiussorie erano molte e con scadenza annuale, perché recita "*prima della firma delle fideiussioni annuali*" (cfr. Summ. p. 107), ma anche che quelle passate erano in scadenza, in quanto è scritto: "*… onde poter approfondire e discutere il problema della estinzione delle fideiussioni bancarie in corso e future …*" (Ibid.).

Di tanto la Convenuta rese edotto solo in parte il futuro marito. Difatti, ancora alla data del 15 gennaio 2001 (cfr. Summ., pp. 115-116, vol. I), ella sosteneva che non avrebbe firmato la fideiussione di 2 miliardi e 400 milioni in favore della cooperativa, quando, invece, era stata da lei già sottoscritta il 10 gennaio 2001 (cfr. Summ., p. 120, vol. I). Sicché mentre ella, a poche settimane dalle nozze, rassicurava l'Attore che la sottoscrizione della fideiussione sarebbe stata l'unica ed assorbente di ogni altra esposizione fideiussoria eventuale e/o pregressa, costituendo, pertanto, l'unico impegno fideiussorio, momentaneo ed irripetibile, volutamente ometteva di rivelargli la pendenza delle altre sottoscrizioni che sarebbero andate al rinnovo (cfr. Summ., pp. 106-107) e le difficoltà in cui versava la società OMM che avrebbe chiesto di lì a poco alla banca lo sconto di cambiali per 800 milioni (cfr. Summ., p. 123).

Come paventato, l'esigenza di nuova liquidità e quindi ulteriore garanzia di fideiussione si ripresentò a seguito del mancato pagamento da parte di alcuni clienti, quale la IPD di T. A. (poi fallita), di commesse ormai eseguite per circa 2 miliardi e 300 milioni delle vecchie lire (cfr. Summ., pp. 119-120), nonché per la mancata realizzazione di opere per varianti non preventivate (cfr. Summ., pp. 115-116) con il consequenziale non ritorno "*in termini di redditività*" (cfr. Summ., p. 115). Tant'è che la Cooperativa giunse a richiedere alla Convenuta, nel giugno del 2001, una più ampia fideiussione di 2 miliardi ed 820 milioni (cfr. Summ., p. 302, vol. II), in sostituzione di quella di cui prima, di 2 miliardi e 400 milioni.

22. – Della falsità della Convenuta circa le mezze verità da questa rivelategli, l'Attore venne a conoscenza – a detta della stessa – purtroppo dopo il matrimonio e successivamente alla nuova ed ulteriore richiesta di finanziamento da parte dei vertici della cooperativa (cfr. Summ., 74/5). Ma, nel contrarlo, nonostante le rassicurazioni della nubenda, non venne meno in lui "*il sospetto sull'operato di S. T., la quale* (gli) *riferiva che era costretta dalla cooperativa a sottoscrivere la fideiussione*" (Summ., 43/4), di 2.400 milioni, unica ed assorbente, che – ella diceva – di non avere ancora sottoscritto, mentendo come si evince dal verbale del CdA n. 182, a p. 106, datato 22.01.2001, e da quello del 26.06.2001 contraddistinto dal n. 185 (cfr. Summ., p. 120, vol. I).

Sicché, gravato dal dubbio, persistendo timori e perplessità, l'**Attore**, fece dipendere il sorgere del proprio matrimonio ovvero il permanere dello stesso (del suo impegno verso di esso) dal fatto che rispondesse a verità che la *"sottoscrizione alla fideiussione … era l'unica, che non c'erano altre e che non ce ne sarebbero state altre e, soprattutto, che era temporanea, in quanto la cooperativa, nell'arco di pochi mesi, con altre soluzioni avrebbe fatto fronte all'impegno assunto"*. Lo stesso ricorda: *"S. T. me lo disse piangendo, disperata, giurando che era la verità"* e confessa: *"Le risposi che se in seguito avessi scoperto che quanto assicuratomi non rispondeva a verità, mi sarei separato da lei, non dando alcun valore al vincolo matrimoniale"*, dal momento che le perplessità: "*non vennero del tutto meno, nonostante le sue assicurazioni, in quanto solo il tempo, quei mesi di cui lei parlava per la soluzione del problema, mi avrebbero dato la certezza sulla verità di quanto dettomi. La condizione posta al matrimonio consisteva nell'appurare, a distanza di mesi, che la fideiussione era unica e temporanea e non e ve ne erano altre. Di questa mia condizione erano a conoscenza S. T., i miei familiari, un amico, G. F."* (Summ., 44-45/4-6, passim).

23. – Dal canto suo, la **Convenuta** riconosce la sussistenza delle affermazioni dell'Attore, dichiarando: "*Probabilmente B. esternò i suoi dubbi e le sue preoccupazioni a motivo delle fideiussioni di cui abbiamo già detto, ma io potrei non aver percepito le sue affermazioni come una condizione Su questo punto mi rimetto alla decisione del Tribunale"* (Summ. 77/11). Ella non conferma però di aver deliberatamente raggirato il fidanzato al fine di ottenere il suo consenso matrimoniale (cfr. Summ., 75/5). Il che, comunque, non costituisce obice all'accoglimento della domanda attorea, perché, ordinariamente – sulla base del principio di ciascuno in rapporto alle proprie azioni -, si presume che, provato l'inganno, si debba ritenere presente anche la volontà di ingannare. Volontà deducibile dalla cura messa dalla stessa nell'evitare all'ingannato, *ante nuptias*, non solo di dire la verità, dando adito a giudizio erroneo, ma anche impedendogli di entrare in contatto con persone e documenti che avrebbero potuto fargli scoprire la macchinazione.

24. – La scarsa attenzione prestata dalla Convenuta alle affermazioni dell'Attore, che condizionavano la stipulazione del contratto matrimoniale, nonché la finalizzazione dolosa della nubenda al medesimo, erano, invece, chiaramente note ai familiari dell'uomo, le cui deposizioni, a differenza di quelle rese dai congiunti della comparte, in piena assonanza tra loro ed in assoluta confluenza con il restante complesso probatorio, forniscono un vero argomento di prova del dedotto, ed invero:

C. N., madre dell'Attore, precisa di essere venuta a conoscenza nel giugno del 2001, ossia quatto mesi appena dopo la celebrazione delle nozze, direttamente dal figlio, che:

– prima delle nozze S. T. gli aveva detto di aver sottoscritto "*una sola fideiussione e che quella era l'unica in essere*" a favore della cooperativa di cui era socia;

– "*egli aveva deciso di non sposare più S. T., in quanto spaventato per l'operato di lei*" perché "*avrebbe messo a rischio la loro famiglia*". Il figlio, sentì perciò il bisogno di chiedere alla nubenda tutta la verità sull'ammontare dell'impegno fideiussorio e sulla sua durata. S. T. "*lo rassicurò*" sui fatti così come li aveva narrati (Summ., 48/4), cioè che una era la fideiussione, del valore sopra indicato e comunque limitata nel tempo, da garantire alla cooperativa e da lei concessa per le pressioni subìte (cfr., Ibid.).

– egli dichiarò alla futura sposa "*che qualora, in seguito, avesse saputo che i fatti non stavano così come S. T. gli aveva detto, non avrebbe esitato a lasciarla*" (Ibid.).

Quando poi fu assunto nell'ufficio legale della Banca Popolare, testimonia la mamma che egli poté ancor meglio indagare sulle circostanze riferitegli da S. T. e constatare, come già avuto modo verso la fine di giugno del 2001 (con una delega per esigenza della moglie che necessitava della documentazione bancaria indispensabile nel giudizio), che ciò che ella gli aveva dichiarato prima delle nozze era completamente falso. Infatti, le fideiussioni erano di un certo numero, tutte firmate in epoca precedente le nozze e la "*situazione economica in cui versava S. T.*", in virtù di queste prestate garanzie, risultava gravemente esposta nei confronti del sistema bancario. (Ibid.).

Inoltre, davvero grave era il fatto che quella fideiussione che ella diceva al futuro sposo di non aver firmato, almeno ancora al 22 Gennaio 2001 (Summ., pag.105 e ss, vol. III,.), era stata da lei già sottoscritta il 10 gennaio 2001 (Summ., pag.120, Vol. I).

A. D., sorella dell'Attore, attesta che: "*… proprio nell'imminenza delle nozze …* (la Convenuta) *fu costretta a firmare una fideiussione di due miliardi e quattrocento milioni di vecchie lire, asserendo di essere l'unica fideiussione e di durata temporanea*" (Summ., 51/4).

B., dice la Teste, essendo di animo buono, incapace di scorgere negli altri solo negatività, soprassedette all'impulso di mandare a monte le nozze già preparate, e, seppure con tutti i dubbi del caso, volle credere alle parole di S., riservandosi a dopo la verifica del loro contenuto e cioè "*che quella fideiussione era unica e temporanea*" (Summ., 52/4). Quindi, quale Teste diretta, riferisce: "*Eravamo presenti io e mio marito quando S. T. espose questa sua versione e posso attestare che mio fratello reagì dicendole che qualora avesse in seguito saputo che le cose non stavano così come ella asseriva, non avrebbe esitato a lasciarla. Mio fratello, praticamente, poneva come condizione essenziale il fatto che veramente le cose stessero così come diceva S. T.*" (Summ., 52/4).

L'Attore, prosegue la Teste, per sua indole non avrebbe mai vissuto una vita matrimoniale col pensiero angoscioso di veder svanita, per una spregiudicata scelta affaristica della comparte, la tranquillità domestica. Quella normalità quotidiana era il suo modo di intendere la vita. Le circostanze del suo vissuto lo dimostrano: ufficiale di complemento nel servizio militare, con una sola significativa storia sentimentale, impiegato di banca nella vita civile, gli impegni parrocchiali e diocesani sempre assolti con riconosciuta evidenza, figurano una personalità lontana mille miglia dallo spregiudicato imprenditore che, attraverso marchingegni finanziari, è disposto a rischiare grosso per raggiungere un profitto. Non così S. T., dal chiacchierato passato sentimentale, dall'inquieto vissuto lavorativo: socio e consigliere di amministrazione di una s.r.l, ma anche dipendente della stessa. Data la prassi di utilizzare il prestito bancario per operazioni lucrose e nello stesso tempo rischiose per gli amministratori, perché quelle operazioni erano garantite dalle fideiussioni di tutto l'organo gestionale, la Convenuta – ribadisce la Teste - aveva il dovere morale e giuridico di informare l'Attore sulle operazioni passate da lei impegnate a garanzia delle anticipazioni fatte

a suo tempo dalle banche creditrici, e sul rischio che suo patrimonio personale poteva essere aggredito da queste se fossero rimaste insoddisfatte del loro credito. Ma ella, volutamente, si astenne dal comunicarlo al futuro marito, il quale, tormentato dal dubbio che la realtà fosse diversa da come gli era stata presentata, "*oppose una condizione per il matrimonio dopo che venne a sapere della fideiussione sottoscritta da S. T. … Giunse ugualmente a sposarla ritenendo sincera la versione dei fatti da lei riferita*". E cioè: "*che quella fideiussione era unica e temporanea*". Aggiunge: " *qualora in seguito egli avesse accertato che non fosse così …. l'avrebbe lasciata*" (Summ., 52/4).

Anche nella cerchia dei familiari dell'Attore, la circoscritta fideiussione, pur nella sua dimensione unitaria e quantitativa, era considerata perturbativa del costituendo consorzio coniugale, in quanto B., al momento, non aveva un reddito stabile, né era proprietario di alcun immobile (come riferisce la stessa Convenuta: cfr. Summ., 75/5), per cui "*una tale somma di danaro … avrebbe costituito un grave rischio alla serenità di coppia e alla nascente famiglia*" (Summ., 52/6). Ma lo dimostra anche il fatto – sottolinea la Teste - che le preoccupazioni dell'Attore non vennero meno nell'emettere il consenso matrimoniale. Infatti, proprio perché non era completamente convinto, egli, insieme a chi protestava, ingannandolo, che la fideiussione costituiva una esperienza solitaria ed irripetibile non sperimentata nel passato, scelse, ad ogni buon conto, "*il regime della separazione dei beni*" (Summ., 53/8).

Quindi, la Teste limita a quattro anni la durata del consorzio di vita e di amore coniugale tra il fratello e la Convenuta. Il fatto, poi, che alle Parti nacque, dopo circa dieci mesi, il primogenito di nome G. (i.e.: 29.11.2011), è un elemento da tenere in considerazione, per capire l'ostacolo che si interpose, al precipitare della risoluzione del contratto matrimoniale, all'Attore, unitamente alla sua indole di "*persona onesta".* Egli, infatti, ebbe il modo di scoprire il raggiro che aveva subìto da parte della Convenuta perché non le sfuggisse il matrimonio fortemente voluto: oltre alla fideiussione confessatagli, altre erano state prestate precedentemente ed erano ancora efficaci (cfr. Summ.: pp. 106-107). Il tutto per un importo di svariati miliardi di vecchie lire!

Al contempo, egli volle dare alla Convenuta, che continuava a negare ed a nascondersi dietro a pretestuose interpretazioni, un' ulteriore opportunità: sostenere in giudizio la tesi che lei andava sostenendo, ossia d'essere stata costretta a sottoscrivere le fideiussioni. Ma quando il Tribunale adito sentenziò "*la falsità di lei …* (l'Attore) *non esitò a chiedere la separazione legale*" (Summ., 53/9).

Anche il fratello dell'Attore, **A. D.**, si dichiara testimone diretto della condizione apposta da B. al matrimonio, quando la fidanzata gli disse che la fideiussione da firmare non era stata preceduta da altre (Summ., 65/5). "*Dieci giorni*" dice il Teste, mancavano alle nozze, ed "*ormai tutto era stato approntato*", per cui fu più facile porre una condizione da parte di B., che rinviare la cerimonia nuziale (Summ., 65/5).

Ma al terzo mese di convivenza coniugale (maggio 2001), ricorda il Teste, la vita matrimoniale entrò in crisi. Ciò avvenne quando la Convenuta fu costretta a dire al marito che la garanzia fideiussoria, di cui gli aveva tempo prima parlato, non era sufficiente e c'era bisogno di un adeguamento più oneroso. L'indole della donna e la sua particolare scaltrezza, nonché tutto il suo contesto familiare, portarono B. ad essere accorto nel raccogliere prudentemente tutte le prove per poter smascherare definitivamente chi l'aveva raggirato ed ingannato.

Difatti egli non negò alla moglie di "*seguirla sul piano legale*" in quanto ancora ella continuava a non dire la verità (Summ., 65/9), ma quando prese atto dalle motivazioni della sentenza depositata nel procedimento penale in data 30 giugno 2005, che inequivocabilmente cristallizzavano - per decisione di un Tribunale Penale - la

posizione della Convenuta per le fideiussioni prestate, il ruolo avuto con il Presidente e Direttore della Cooperativa, nonché la normalità sin dalla sua assunzione della prestazione di fideiussioni, l'Attore poté finalmente avere certezza di essere stato ingannato e raggirato da lei; fu così irremovibile nel porre fine al matrimonio (cfr. Ibid.), anche se, nel corso dei tormentati successivi avvenimenti, un'altra gravidanza non voluta e di cui dubitò di essere l'artefice (precedente alla sentenza di cui si è detto), inoltre minacce di morte fattegli dai parenti della moglie, non mancarono di affaticarlo psicologicamente (cfr. Ibid.; circa le minacce cfr. pp. 55-62).

Un illuminato contributo sui contenuti delle vicende narrate dagli altri parenti dell'Attore, è dato dalla sorella, **F. D.**, la quale non manca di dare un giudizio morale sulla Convenuta che viene confermato, nella sua correttezza, dai comportamenti tenuti dai due protagonisti nel corso degli avvenimenti. S. T. – la Teste riferisce –, non godeva in paese, dal punto di vista morale, di buona fama (Summ., 67/3). Lontana dalla vita ecclesiale, fu grazie al fidanzato che lei "*riprese a frequentare la parrocchia e, in vista della Cresima, fece anche un cammino di catechesi*" (Ibid.). Ciò – prosegue la Teste -, costituiva per B. un fatto "*molto importante*" (Ibid.), in quanto egli "*è sempre stato un religioso, praticante, aderente all'Azione Cattolica*", "*un puro di cuore*" dalla "*coscienza retta*" (Ibid.). Quanto all'avvenimento che mise nel nulla, già sul nascere, la decisione matrimoniale del fratello, colorata dalla diversa indole dei due protagonisti della storia sentimentale (circostanza questa ammessa anche dalla Convenuta in Summ., 74/4): l'uno preciso, responsabile, lungimirante; l'altra spregiudicata negli affari, determinata a conseguire i propri fini anche col ricorso alle bugie, superficiale nella valutazione dei rischi, a cui, con certa irresponsabilità, esponeva anche i suoi stretti familiari, era socia di una compagine di capitale, che, anche se a responsabilità limitata, mediante la fideiussione prestata dagli informati e consenzienti soci amministratori, riversava sul patrimonio di questi tutti i rischi che quella forma giuridica di società avrebbe dovuto, in teoria, escludere per essere una cooperativa di produzione e lavoro a responsabilità limitata. In questa società, narra la Teste, la Convenuta, come socia, rivestiva la duplice figura di dipendente e di membro del CdA. Come dipendente, era una lavoratrice stretta e fidata del Presidente e, come membro del consiglio di amministrazione, seguendo la consolidata prassi della società OMM, sottoscriveva le garanzie fideiussorie in favore di quelle banche che anticipavano gli importi - di svariati miliardi - necessari all'attività. Erano garanzie personali che investivano tutto il patrimonio dei sottoscrittori. Una possibile inadempienza poteva travolgere l'intero patrimonio personale del garante. Come dipendente, invece, godeva di quei diritti che i contratti di categoria prevedevano e svolgeva i compiti propri di un socio lavoratrice dipendente.

Alle confidenze della Convenuta - dichiara la Teste -, la reazione dell'Attore fu ferma e sicura: "*Non voleva assolutamente che S. T. firmasse questa fideiussione*" (Summ., 68/4). Ma B. aveva già impegnato la propria famiglia e preparato tutto, mobilio, inviti, pranzo e pertanto si sentì costretto ad acconsentire a quella sola fideiussione, nulla sapendo che S. T., desiderosa di "*giungere quanto prima al matrimonio*" (Summ., 68/5), gli aveva nascosto precedenti fideiussioni, con una cadenza annuale (cfr. Summ., p. 107). Era una situazione che lei ben conosceva e che avrebbe dovuto render nota al futuro sposo: invece lei ed i suoi familiari preferirono non solo tacere, ma anche mettere in atto artifici e raggiri, ingannando volutamente il Convenuto.

Va detto incidentalmente, quantunque sulla scia di quanto già precisato, che la scoperta della fideiussione di 2 miliardi e 400 milioni, firmata prima e ad insaputa del futuro sposo presso la Banca Mediterranea, non era l'unica nemmeno nei confronti

di detto Istituto; addirittura la Convenuta, prima del matrimonio, risultava firmataria ed ancora esposta anche dopo di esso, nei confronti sempre del medesimo Istituto di Credito, per una somma complessiva di 3 miliardi e 600 milioni (2 miliardi e 400 milioni – pag. 120, Vol. I Summ.; 200 milioni + 400 milioni + 600 milioni come risulta dalla dichiarazione della Banca del 05/07/2001 (Summ., p.119, vol. I).

Inoltre, diversamente da quanto affermato dalla Convenuta e cioè che quella fideiussione firmata prima del matrimonio di 2 miliardi e 400 milioni sarebbe stata l'unica, assorbente, temporanea e perciò senza ulteriore rinnovo, così non era perché il rinnovo e la sussistenza di tante fideiussioni per svariati miliardi rappresentavano un fisiologico *modus operandi* nel ricorrere al credito da parte della cooperativa, già da quando la Convenuta era stata assunta. Cosi pure, diversamente da come la stessa raccontava, il comportamento dei vertici della Cooperativa non fu minaccioso nei suoi confronti. Il tutto è stato appurato dall'Attore dopo il matrimonio: la certezza gli fu data dalle motivazioni emesse in data 30 giugno 2005 con sentenza n. 254/05 del Tribunale Penale di Trani (Summ., pp. 149-186, Vol. I).

La conseguenza della condotta della Convenuta – ne è convinta la Teste – fu quella di turbare gravemente il consorzio di vita coniugale al di là degli stessi legittimi timori. L'Attore non avrebbe mai sposato, se ne avesse avuto contezza, una donna con tale indole, carattere e temperamento, come poi ebbe a risultare dal succedersi vorticoso dei fatti. Tutto ciò compromise irreversibilmente la vita coniugale, facendo venir meno anche la fiducia concessa *sub conditione*.

Contava ella – prosegue la sorella dell'Attore – sulla credulità di lui, che era tanto religioso, quietandolo e facendogli credere di essere il "*suo sostegno morale*", colui che l'avrebbe convertita (Summ., 68/5).

B. – la Teste riferisce –, dopo aver acconsentito alla prestazione di quella fideiussione, che egli credeva unica, non rimanendo convinto delle assicurazioni fattegli, poiché una insolvenza era sempre possibile e ciò avrebbe messo "*a serio rischio l'economia della futura famiglia*" (Summ., 68/4 e pp. 105-106 e pp. 119-120), pieno di dubbi pose sotto condizione il matrimonio che stava per celebrare (Summ., 68/4), confidando alla sorella: "*io non riterrò valido il mio matrimonio … se Serenella Teresa … mi ha tenute nascoste altre cose, o non mi ha detto la verità su questa situazione*" (Ibid., passim).

Ed il travaglio dell'Attore, credente praticante, consapevole di porre questa condizione come l'unica cautela alla celebrazione di un "sacramento legato", fu ben visibile alla sorella, nonché alla madre, il giorno del matrimonio (Summ., 69/8).

L'avvocato **G. C.** è stato, per la sua professione, patrocinatore della Convenuta presso i Tribunali civile e penale. Egli si dichiara amico delle Parti ed attesta che l'Attore, solo dopo il matrimonio, venne a conoscere che in capo alla moglie vi erano non una, ma più fideiussioni di cui ella, insieme agli altri soci, ne rispondeva personalmente, per l'intero importo. Queste ammontavano a svariati miliardi delle vecchie lire (cfr. Summ., 71/3). Il Teste fa notare che l'Attore "*ebbe ad incontrare*" il Presidente della società solo nel giugno 2001 (cfr. Summ., 71/3), ossia quattro mesi dopo la celebrazione delle nozze, nel periodo in cui il rappresentante della società stava per chiedere ai soci ulteriori sottoscrizioni per lo sconto di cambiali per circa 800 milioni e per escludere dalla compagine sociale, ma non dal posto di lavoro, la Convenuta (cfr. Summ., pp. 123-124). Sebbene questa, precedentemente, non si era mai sottratta a prestare garanzie col medesimo mezzo giuridico (cfr. Summ., p. 124).

25. – Com'è constatabile, si tratta di Testi diretti e di tempo non sospetto, che depongono senza concertato conformismo, specie se si riflette sulle circostanze di

fatto e di tempo scrupolosamente indicate, in piena assonanza fra loro ed in assoluta confluenza con il restante complesso probatorio.

Di conseguenza, la loro testimonianza, ratificante in pieno l'assunto attoreo, va necessariamente accolta, anche perché gli autori di essa, naturalmente qualificati, acquistano ulteriore credibilità in ragione del confidenziale rapporto a suo tempo interessato con i protagonisti della vicenda in esame, nonché per la personale partecipazione agli eventi prodotti.

26. – Tale riconoscimento non è estensibile ai Testi di parte Convenuta, il cui apporto è contrassegnato di evidenti contraddizioni.

La zia della convenuta, **G. R. S.**, testimonia che la nipote, quando avviò la relazione amorosa con l'Attore era già laureata in lingue (ma non è esatto cfr.: Summ., 74/5) "*e lavorava presso la OMM di Spinazzola ed era anche socia*" di questa società cooperativa (Summ., 79/3). Il periodo di fidanzamento è durato circa due anni: da agosto 1999 a febbraio 2001. Poiché la nipote lavorava a Spinazzola e l'Attore svolgeva il servizio militare a Padova (1999-2000), i due si frequentarono poco (cfr. Summ., 80/4). Nell'imminenza delle nozze (avvenute il 10 febbraio 2001) la OMM, dovendosi ingrandire, chiese ai soci e agli amministratori la sottoscrizione di fideiussioni. S. lo riferì a B., il quale andò a parlare col Presidente della società. In seguito, poiché S. aveva accolto l'invito del Presidente, dovette scrivere una lettera di recesso dalla sottoscrizione, su sollecitazione di B. Questo contrasto di opinioni, per la sua serietà, influì sui sentimenti e fu causa di una breve interruzione su iniziativa dell'Attore, il quale (come hanno attestato gli altri Testi di parte convenuta) "*scomparve per una settimana circa*" (Summ., 80/4). Evidenzia la Teste che l'Attore era esperto di questioni legali e quindi del valore e degli effetti delle fideiussioni, poiché, una volta finito il servizio militare, "*aveva messo su un piccolo ufficio legale*" cominciando "*ad esercitare l'avvocatura*" (Summ., 80/4). La stessa, sottolinea che l'Attore era una persona che godeva la stima di tutti e "*che si faceva voler bene da noi tutti*" (Summ., 80/5). La Teste narra, poi, che, circa un anno dopo le nozze, l'Attore fu assunto da una banca e, per svolgere questo lavoro si trasferì a Casal Pusterlengo con la famiglia (cfr. Summ., 81/9). Nel frattempo nacque il primogenito e, a distanza di due anni, nel 2003, quando già l'anno prima si erano trasferiti a Casal Pusterlengo, nacque la secondogenita. Ricorda anche che, sebbene i loro famigliari non sapessero "*nulla di quello che succedeva tra di loro*", dopo, (presumibilmente durante il processo di separazione) vennero a conoscere che già durante i primi mesi di matrimonio, quando la Convenuta era gravida, i litigi tra le Parti erano accesi, tanto che "*lui le usò le mani*" (Summ., 81/9). Tale litigiosità violenta fu presente quando la famiglia si portò a Casalpusterlengo (cfr. Ibid.).

La testimonianza del padre della Convenuta, **V. O.**, contiene delle precisazioni e delle notizie omesse dalla figlia e che sono molto importanti per la ricerca della verità nella presente causa. Egli chiarisce che: 1) S. non era una semplice impiegata addetta all'export (cfr. Summ., 63/3), ma molto di più: "*Era nei quadri dirigenziali della cooperativa OMM di Spinazzola ed era entrata a far parte del consiglio di amministrazione: quindi socia ed amministratrice della stessa*" (Summ., 83/4).

2) soprattutto il Teste ammette che la Convenuta, non solo alla vigilia delle nozze aveva sottoscritto fideiussioni di rilevante importo, ma le aveva sottoscritte "*anche negli anni precedenti*" (Ibid.). Notizia questa, che la figlia, conoscendo l'indole prudente e temperante (cfr. Summ., 74/4) del prossimo sposo, aveva mancato di fargli conoscere, proprio perché (come in prosieguo avvenne) la conoscenza delle

responsabilità assunte lo avrebbe indotto a rivedere la decisione matrimoniale. Cosa che lei, essendo innamorata, non voleva (cfr. Summ., 75/6).

A questo punto (cfr. Summ., 84/4) la testimonianza del padre della Convenuta si rivela contraddittoria e falsa. È una testimonianza falsa quando afferma che "*Il D. era a conoscenza delle sottoscrizioni effettuate*" dalla figlia (Summ., 84/4), poiché tale affermazione egli la deduce da una circostanza (e quindi non dalla diretta audizione): quella "*che*" il prossimo genero "*andò a parlarne col presidente della cooperativa*" prima delle nozze (Ibid.). Di questo colloquio però egli dichiara, "*di non sapere*" se l'oggetto riguardava "*uno o più fideiussioni*" o altro; colloquio che in effetti non vi è mai stato prima del matrimonio, come confermato dall'Avv. C. (Summ., 71/3, vol. III). Il padre della Convenuta argomenta che la firma delle fideiussioni rientrava nell'ordinaria attività degli amministratori (cfr. Summ., 84/4), imputandone la conoscenza all'Attore indiscutibilmente; cosa che, invece, contrasta con quanto egli dopo dichiara, e cioè: "*che prima del matrimonio non si è mai parlato di fideiussioni*" (Summ., 85/10). Pertanto, che l'Attore andò a parlare col presidente della cooperativa non può dimostrare ciò che è da dimostrare: il numero delle fideiussioni sottoscritte prima delle nozze. Il Teste, poi, riconosce di non essere a conoscenza di come andò la vita matrimoniale, della quale riferisce che ebbe inizio il 10 febbraio 2001, che nel novembre dello stesso anno nacque il primo figlio e due anni dopo, cioè il 13 maggio 2003, la secondogenita (cfr. Summ., 84/8-9). Lo stesso stigmatizza di aver sempre ammirato e amato il genero a cui, come segno di considerazione, più volte aveva donato somme di denaro (cfr. Summ., 85/9), e, come segno di affidabilità, aveva fatto transitare sul conto corrente di lui tutte le somme di denaro che regalava alla figlia ed ai nipoti (cfr. Summ., 86/11). Il Teste pone altresì in risalto che la figlia perse la qualifica di socio nel giugno 2001, mentre ciò avvenne nel 2002, quand'ella si trasferì col marito a Casalpusterlengo (cfr. Summ., 85/10).

In altre parole, egli tenta di attribuire, non al rifiuto conseguente alle pressioni dell'Attore di sottoscrivere altre fideiussioni, la fine del rapporto sociale, avvenuto nel 2001, come risulta dal verbale n. 185 della società (cfr. Summ., p. 125), ma al trasferimento della figlia in altra città, per seguire il marito nel luogo del suo nuovo lavoro.

Ricapitolando per aver ben chiaro il susseguirsi degli avvenimenti:

– il matrimonio è del 10 febbraio 2001
– l'esclusione dalla società è del giugno 2001 (cfr. Summ., p. 125)
– il trasferimento ad altra città (Casalpusterlengo) è del gennaio 2002.
– tra il mese di giugno 2001 e il trasferimento nel 2002, si inserisce la nascita del primogenito avvenuta a novembre 2001 in quel di Terlizzi (BA) (cfr. Summ., p. 24).

Evidente è il tentativo del Teste di far ben figurare la figlia nell'intera vicenda a danno del genero, che invece tratteggia come un personaggio dall'apparenza buono, ma fondamentalmente approfittatore delle altrui sostanze ed interessato esclusivamente ai soldi (cfr. Summ., 83/4; 85/9-10; 86/11).

Quanto al teste **L. D.** è da osservare che egli, nel periodo prematrimoniale, solo "*qualche volta*" ha visto insieme le Parti (Summ., 87/3). Infatti, afferma che la Convenuta "*era sempre in giro per l'Italia*". (Summ., 87-88/4). Aggiunge anche di non conoscere le cause di malumore che i due manifestarono prima delle nozze (cfr. Summ., 88/4). Ma poi dichiara, con evidente contrasto, che il "*D'Anzieri mal sopportava questo fatto*" e cioè che la Convenuta fosse sempre in giro per l'Italia (Summ., 87-88/4), svuotando di attendibilità le sue affermazioni.

Circa le "fideiussioni" che i soci della cooperativa prestavano, il Teste, quale revisore dei conti e Presidente del Collegio Sindacale in seno alle OMM, risulta

poco più affidabile. Egli dichiara che: a) erano obbligatorie; b) erano temporanee; c) erano di importo (rispetto al capitale sociale e alla caratteristica cooperativistica della società) molto elevato per i soci, che erano costretti a prestare a garanzia, quasi sempre, con tutto il loro patrimonio.

Invero:

– quanto all'obbligatorietà ciò è falso. Di fatto le garanzie impegnavano tutti i soci e ciò non era previsto dallo statuto;

– quanto alla temporaneità, il principio di fatto era eluso poiché la cadenza delle singole fideiussioni era quasi annuale e l'importo molto elevato e, pertanto, essa finiva per annullare la brevità e conseguentemente, insieme alla obbligatorietà, esponeva il patrimonio personale dei soci amministratori, ad un rischio continuo nel tempo, snaturando di fatto la Cooperativa a R.L, in una società a responsabilità illimitata.

B. M., attualmente con residenza in Bari, testimonia di conoscere la famiglia D. poiché originario di Palazzo San Gervasio. Dichiara di aver conosciuto l'Attore solo nel 1999, quando cominciò a relazionare con la Convenuta (cfr. Summ., 92/2-3-4). A differenza del Teste D., Presidente del Collegio sindacale in seno alla OMM , attesta di aver incontrato spesso le Parti nel corso del loro fidanzamento e di sapere che l'Attore era un uomo religioso e persona molto buona (cfr. Summ., 92/4). Dichiara anche che il medesimo, nell'imminenza delle nozze, si mostrò infastidito per il fatto che il futuro suocero intestasse alla figlia la casa coniugale che stava donandole, ma, precisa, di non aver assistito a ciò di persona. Infatti, egli precisa, che è stato il padre della Convenuta a riferirglielo (cfr. Summ., 92/4).

Contro le affermazioni del Teste, che avrebbero voluto indurre il Giudice ponente ad accettare, ad istruttoria compiuta, il capo aggiuntivo dell'incapacità psichica nell'Attore (cfr. Summ., pp. 135-137), al *Restrictus* del Patrono di questi, è allegata idonea certificazione rilasciata dal Centro di Salute Mentale – Servizio Sanitario Regione Basilicata; essa costituisce riprova dell'animosità e della poca credibilità della Convenuta e dei Testi da lei addotti a supporto delle proprie tesi.

27. Agli Atti sono stati acquisiti anche i Verbali della Società OMM riguardanti gli anni 2000 e 2001, contraddistinti dai nn. 181 del 1 ottobre 2000; 182 del 22 gennaio; 183 del 29 marzo e 184 del 22 giugno e conosciuti dall'Attore dopo il matrimonio in quanto richiesti da parte della moglie alla Società nell'ambito dei contenziosi insorti con la stessa Cooperativa.

Da essi si evince quanto segue:

– risponde a verità che il 22 gennaio 2001 la Convenuta, presaga delle imminenti difficoltà della cooperativa, lamenta in Consiglio l'eccessiva onerosità, per i soci che fanno parte del CDA, delle garanzie fideiussorie a cui sono obbligati. Dal tenore del Verbale n. 182 si deduce che tale forma di garanzia è stata sottoscritta anche nel passato (cfr. Summ., p. 106). Sic: "*… prima della scadenza della firma delle fideiussioni annuali … Il Consigliere V. propone … onde poter approfondire e discutere il problema della estinzione delle fideiussioni bancarie in corso e future*" (Summ., p. 107). Ed ancora: "*Il Consigliere V. dichiara che … ritiene le attuali garanzie fideiussorie* (ndr: già) *prestate alle banche eccessivamente gravose, anche tenuto conto della effettiva utilizzazione dei conti e dei fidi affidati … Inoltre, trattandosi di una Cooperativa … per cui il patrimonio non è divisibile materialmente tra gli stessi Soci, ancor di più l'esposizione del patrimonio personale di ognuno di essi è altamente elevata.*" (Summ., p. 106.);

– il 29 marzo 2001 quel presagio prende corpo: il progetto che aveva previsto l'ampliamento di fabbrica e l'assunzione di nuove unità operative e che prevedeva

un contributo di circa il 50% del costo dell'intervento, doveva essere rimandato ad epoca successiva a quella fissata, perché una variante del piano di costruzione aveva provocato un ritardo (cfr. Summ., pp. 115-116).

– il 19 giugno 2001 (sono trascorsi 4 mesi dalla celebrazione nuziale) il CdA della Società viene urgentemente convocato. All'ordine del giorno vi è la richiesta di nuove fideiussioni a carico dei soci amministratori e la comunicazione di un insoluto, da parte di una società, di 2 miliardi e 300 milioni che quella richiesta ha provocato. La Convenuta è presente e, contravvenendo ancora una volta alle assicurazioni fatte al marito di non sottoscrivere altre garanzie, accetta, insieme agli altri amministratori, di accogliere l'invito del presidente (cfr. Summ., pp. 119-120);

– il 26 giugno 2001, dopo appena una settimana dal precedente consiglio di amministrazione, quello nuovo - assente la Convenuta - decideva di escluderla dall'organo deliberativo, poiché, nel frattempo, ella aveva ritrattato l'accettazione dichiarata la settimana prima. Il Consiglio di amministrazione ribadiva che ella rimaneva dipendente della Società con tutti i diritti acquisiti lungo il corso del rapporto, smentendo di avere, nel passato, pressato su di lei minacciandola di pretenderne le dimissioni (cfr. Summ., p. 124). In questa riunione il presidente esponeva che l'urgenza della sottoscrizione delle nuove fideiussioni era stata causata da una ulteriore urgenza di liquidità (cfr. Summ., p. 124.): dovevano infatti essere scontate delle cambiali per circa 800 milioni e l'istituto bancario pretendeva garanzie (cfr. Summ., p. 123).

28. – Il Difensore del Vincolo, riguardo al primo capo non avanza ragionevoli dubbi, mentre per il secondo evidenzia delle difficoltà oggettive. Sono delle acute osservazioni, ma solo formali, proprie di chi è chiamato *ex officio* a proporre ed esporre tutti gli argomenti che, ragionevolmente possono essere addotti contro la dichiarazione di nullità.

Comunque le difficoltà proposte s'infrangono contro il complesso delle prove afferenti la tesi attorea, sotto la duplice accusa. Ed a conforto del Difensore del Vincolo c'è da dire che, nel caso, *facta sunt potentiora verbis.*

29. – In conclusione, gli esiti istruttori, assunti nel loro senso e significato globali, provano, con morale certezza, la nullità del matrimonio in esame per condizione apposita dall'Attore, nonché per il dolo, finalizzato al matrimonio ed ordito dalla comparte, donna imprudente, avventata negli affari, irresponsabile nella gestione familiare. Una "qualità" negativa che, per sua natura, è in grado di perturbare gravemente la comunanza della vita coniugale in qualsiasi matrimonio, non solo in quello in esame.

30. – Le quali cose esposte in diritto e in fatto, Noi, sottoscritti Giudici di turno, riuniti in seduta collegiale, avendo solo Dio davanti agli occhi e invocato il Nome di Cristo, dichiariamo e sentenziamo quanto segue:

CONSTA della nullità del matrimonio in esame per:
Condizione apposta dall'Attore;

CONSTA della nullità del matrimonio in esame per:
Dolo ordito dalla Convenuta.

Si risponde, pertanto, ai dubbi concordati: **AFFERMATIVAMENTE *AD OMNIA.*** (*Omissis*)

Rotae Romanae Tribunal – Beneventani seu Thermularum – Larinen – Nullitatis matrimonii – 16 giugno 2004 – coram Lopez Illana

Nullità del matrimonio – Consenso – Esclusione della prole – Presenza di figli nati dal matrimonio – Atto positivo di volontà prevalente – Collegio di cinque giudici – Competenza - Rapporto tra composizione del Collegio di I istanza e di II istanza

Il consenso è l'atto della volontà che, prestato nelle forme giuridcamente fondate, rende efficace la celebrazione del matrimonio.

Chi, con atto positivo di volontà esclude dal consenso matrimoniale il fine essenziale della generazione ed educazione della prole, contrae invalidamente.

La volontà di negare all'altro contraente il diritto alla prole, e non meramente l'esercizio del diritto, è il fondamento della simulazione del consenso matrimoniale in ordine al fine dell'esclusione della prole. Ciò, può verificarsi anche dinanzi al fatto della generazione di figli, qualora si riesca a dimostrare che la volontà del contraente diretta a privare il proprio consorte del diritto ad avere figli sia prevalente anche rispetto alla circostanza della generazione della prole.

In ragione della particolare importanza della questione oggetto del giudicato canonico, il Tribunale, sia di prima istanza sia di seconda istanza, può decidere che la causa sia trattata da un Collegio composto da cinque giudici. Competente a decidere la costituzione del Collegio di cinque giudici è, a pena di nullità sanabile, il Vescovo diocesano, non il Vicario giudiziale. In seconda istanza, il tribunale deve essere costituito allo stesso modo del Tribunale di prima istanza.

(Omissis) 1. - N. M., miles a publica tutela, in causa actor, die 29 iulii a. 1951 natus, sua uxore orbatus die 4 iulii a. 1986, quam sibi matrimonio iunxerat circiter decem annos antea, et qua cum duas filias genuerat.

Necessitate, vero, impulsus pro filiarum bono auxilio, praedictus vir, aliqua persona adiuvanti, mense iulio a. 1987, novit A. S., die 15 ianuarii a. 1953 ortam, et, in causa, conventam. Haud multo post primum occursum frequentationem ipsi coeperunt.

Mense octobre a. 1987 A. in domo viri recepta est ac cum ipso more uxorio una vixit. Obiurgationes, autem, inter amatores eo tempore haud defuerunt, ita ut Anna, mense martio a. ·1988, post patris obitum consilium mutavisset, et Nicolai domum redire iterum noluit.

Media aestate a. 1988, inter se amantes occurrerunt in pago, ubi Anna habitabat, et, ut a Nicolao asseritur, firma condicione ne ullos liberos gigneret, matrimonium canonicum, die 4 septembris a. 1988, in Ecclesia parochiae M. P. m. p., B. V. M. dicata in …., celebraverunt.

Coniugali convictu instaurato, ut dicitur, statim intellegendi imperitiae exstiterunt, quoniam iuxta actorem filii procreationem a matrimonio exclusit ipse, sed conventa dolose obtinuit graviditatem, quae spante male cessit.

Iterum insidiose, ut adseritur, mulier facta est gravida, et, die 11 augusti a. 1993, filius I. natus est. Posteaquam ortus est filius, conventa suas cogitationes ad Iosephum direxit et gradatim ipsa sive duas filias sive actorem, ut fertur, seponebat.

Mense septembre a. 1994 mulier conventa instauravit coniugalem separationem, quae definitiva, die 19 augusti a. 1997, facta est. Dein, die 24 septembris a. 1997, ipsa apud Tribunal Larinense appellationem interposuit.

2. - Libertatis status recuperandae cupidus, Nicolaus, die 31 martii a. 1998, libellum Tribunali Regionali Ecclesiastico Beneventano obtulit, declarationem nullitatis sui matrimonii petens ob condiciones appositas et non verificatas.

Primae instantiae Tribunal, die 27 maii a. 1998, constituitur, et decreto diei l0 iunii a. 1998 libellum admissun fuit. Partibus rite citatis ad dubii concordationem (cf can. 1513, §§ 1-2), pars conventa, die 23 iunii a. 1998, nuntium per telegraphum ad Tribunal Ecclesiasticum Beneventanum misit nullitati sui matrimonii sese opponens.

Ponens in causa decreto diei 24 iunii a. 1998 statuit, ex officio ad normam can. 1677, § 2, hanc formulam dubii: “Se consti' della nullità di questo matrimonio per esclusione della prole da parte dell.'uomo”. Hoc decretum ad normam can. 1677, § 4, notificatum est.

Coventa bis coram Iudice reddidit vadimonium, id quod et actor ac testes undecim fecerunt. Omnibus habitis iuxta iuris statuta, Iudices decisionem *dilatam* pronuntiaverunt pro opportunitate augendi numerum Iudicum ad quinque, quod quidem per decretum diei 24 septembris a. 1999 factum est.

Iudices quinque, die 22 octobris a. 1999, definitivam sententiam dixerunt negativam, seu non constare, in casu, de matrlmonii nullitate ab exclusionem prolis ex parte hominis.

Minime quievit actor, qui appellationem ad Tribunal Ecclesiasticum Regionis Campaniae, die 22 ianuarii a. 2000, interposuit.

Secundae instantiae Tribunal, decreto diei 10 maii a. 2000, constitutum est. Die, vero, 20 iunii a. 2000, pars conventa legitime repraesentata per patronum se opposuit nullitati sui matrimonii, ut in prima instantia fecerat, sed dubium concordatum est hac sub formula: “Se consti della nullità del matrimonio nel caso: per esclusione della prole da parte dell'attore ossia se la sentenza di primo grado sia da riformare o confermare”.

Partes in causa et tres testes ab actore inducii auditi sunt, et positis ponendis, quinque Iudices, die 19 aprilis a. 2001, ad propositum dubium responderunt: “Affermativamente, ossia constare della nullità del matrimonio nel caso, la sentenza negativa di primo grado viene riformata, È fatto divieto all'attore di passare a nuove nozze, *inconsulto Ordinario”.*

3. - Causa, deinde, delata est ad Rotae Romanae Tribunal (cf can. 1682, § 1). Actis causae receptis, Exc.mus P.D. Decanus N.S.F .. quinque Patres in Turno, die 22 octobris a. 2001, constituit ut ad finem praefata causa duceretur.

Viso Voto praevio a Defensore vinculi, die 14 iulii a. 2001, exhibito, et partibus rite citatis a subscripto Ponente ad litis contestationem, dubium, die 14 novembris a. 2001, concordatum. est iuxta hanc formulam: *“An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusum bonum prolis ex parte viriactoris”*.

Actor in iudicio repraesentatus est per suum patronum, et subsignato Ponente postulante ab Exc.mo P.D. Decano ut patronum pro parte conventa constitueret,

et de facto praelaudatus Exc.mus P.D. Decanus, die 12 februarii 2002, illum elegit.

Patronus actoris resctrictumiuris et facti pro actore, die 26 iunii a. 2003, exhibuit et, eadem die, patronus ex officio conventae suum restrictum iuris et facti. Defensor vinculi, autem, suas animadversiones, die 17 februarii a. 2004, praebuit. Resctrictus responsionis pro parte conventa et restrictus responsionis pro viro actore, die iunii a. 2004, distributi sunt. Animadversiones alterae, seu responsio restrictui patroni partis actricis, distributae sunt die 11 iunii 2004.-

Commutatis defensioriibus inter partium patronos et animadversionibus Defensoris vinculi, Tumus ad definiendam. causam. statutus est in diem 24 martii 2004. Sed, visa instantia cl.m.i Patroni partis actricis diei 1 martii 2004, Tumus, die 3 martii 2004, a subscripto Ponente sine die differtur. Die, vero, 5 maii a. 2004, subsignatus·Ponens decrevit Tumum ad definiendam causam habendum esse die 16 iunii 2004, et ideo Nobis hodie rite concordato dubio ut supra re1ato respondendum est.

II. - IN IURE

4. - Consensus personalis contrahentium consideratur in Codice Iuris Canonici ut unica, totalis et adaequata causa matrimonii efficiens: "Matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus, qui nulla humana potestate suppleri valeat" (can. 1057, § 1 CIC 1983, et can. 1081, § 1 CIC 1917). Sed, qui matrimonium contrahit ad patefacienda ea quae in animo agitat, verbis et signis utitur. Nam.. "Sponsi consensum matrimonialem verbis exprimant, si vero loqui non possunt, signis aequivalentibus" (can. 1104, § 2 CIC 1983, et can, 1088, § 2 CIC 1917).

Quapropter, Supremus Ecclesiae Legislator, in can. 1101, § 1, hanc iuris praesumptionem declarat: ''Internus animi consensus praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhìbitis". In § 2 eiusdem can. 1101 statuitur quoque: "At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essentiale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit" (cf can. 1086, § l, § 2 CIC 1917). Hoc in casu, .haberetur *simulatio consensus* vel *totalis,* si positive escluditur matrimonium ipsum, vel *partialis,* si positivo voluntatis actu aliquod elementum essentiale vel aliqua proprietas essentialis excluditur (cf P. Gasparri, *Tractatus Canonicus de Matrimonio,* voI. II, Typis Polyglottis Vaticanis 1932, p. 26, n. 814).

Nupturientes triplici modo excludere possunt prolem: conditione vera, seu *sine qua non,* pacto inito, simplici voluntatis actu. Decisiones N. Fori semper "tradiderunt infici matrimonium, quoties voluntas sub forma verae et propriae conditionis exprimitur et saltem virtualiter usque ad celebationem matrimonii perseverat,. cum hisce in adiunctis altera pars iure ipso privetur" (c. B. Filipiak, *Manilen.,* dec., diei l iulii 1960, RRDec., voI. Lll, p. 349, n. 3). Acceptatio, vero, alterius partis non est necessaria, at si acceptatio verae et propriae conditionis ab altera parte fiat, iam bilaterale pactum haberetur, seu mutua conventio, quo in casu, matrimonium est nullum: ''Nam tunc non solum aderat voluntas delinquendi contra matrimonialia iura, sed sed horum iurium comparti tradendorum deerat et voluntas et voluntatis declaratio" (c. A. Wynen, dec., VII, diei l0 februarii 1931, *Ibid.,* vol. XXIII, p. 49,n .9).

Simplex voluntatis actus "natura sua consensum ingreditur, vim ac effectum habet conditionis, et voluntati contrahendi praevalet. Actus iste potest esse explicitus vel implicitus … quia implicitus eosdem parit iuridicos effectus, ac explicitus .. ," (c. D. Staffa, *Natcheten.,* dec., LII, die 18 maii 1951, *Ibid.,* vol. XLIII, p. 385, n. 2).

Positivus actus est a voluntate positus in ·matrimonii celebratione aut antea. Hic,

enim, actus intentio quoque vocatur, et intentiones distingui solent in actualem, virtualem, habitualem et interpretativam. Ad matrimonium irritandum non sufficit "intentio mere habitualis aut interpretativa, quae voluntatem deteminare non valet" (c. F. Bruno, *Kigalien.,* dec., diei 15 iunii 1990, *Ibid.,* voI. LXXXII, p. 514, n. 5; c. I. B. Defilippi, *Bisuntina,* dec., diei 22·iulii 1999, *Ibid.,* vol. XCI, p. 560, n. 4).

Intentio actualis ea est, in qua intellectus continuo attendit, et virtualis illa est, quae inititio ante nuptias actualis habetur realiter et nunc perseverat et in consensu influit. Voluntas, tamen, semper durare censetur, quoadusque de eius mutatione non constet. Revocatio, enim, est factum, et facta non praesumuntur, sed probanda sunt.

Ille positivus voluntatis actus, qui utique expressus esse debet, tamen inter expressum et implicitum incongruentia non sunt. Etenim: "expressa est voluntas quae signo aliquo manifestatur, manifestari autem potest sive explicite sive implicite: *explicite* quando ex ipsis verbis directe et immediate apparet (quia nempe iam explicata est, id est ex plico verborum eruta ostenditur); *implicite* quando in verbis adhibitis absconditur (quia, nempe, in plico verborum continetur et occultatur) tamquam effectus in causa, conclusio in principio, pars in toto, species in genere" (O. Staffa, *De conditione . contra matrimonii substantiam,* Romae 1955, p. 19, n. 27).

Actus voluntatis positivus excludendi prolem, etiamsi in corde lateat seu mentalis conditio, ex defectu legitimi consensus irritat matrimonium. Ad rem docet S. Thomas: "Utique necesse non est ut generatio prolis, quarnvis ea finis primarius sit matrimonii, quaeratur, quia ex ipsa factione coniugali causatur. Sed exclusio eiusdem positivo voluntatis actu vitiat consensum et nuptias invalidat, quia excludit intentionem prolis, sine qua matrimoniuin esse non potest" (S. Th., *Suppl.* q. XLIX, a. 3 c).

Nam ad matrimonii nullitatem inducendam, sufficit actus v.oluntatis positivus etiam internus, qui quidem conditioni mentali aequivalet et non minus quam conditio proprie dicta et manifestata praestitum consensum excludit. Probata, enim, conditione, verbis expressa vel mente retenta, sequitur matrimonii nullitas. At fieri potest ut positivus voluntatis actus, conditio et pactum sibi succedant in animo nupturièntis vel concurrant, quo in casu, non necessario suspicio concipienda est, immo exclusio boni prolis fortius panditur: ''haec tamen omnia, totidem praesumptiones sunt, quae Iudex simul cum causae complexu considerabit, ut sententiam dare possit pro veritate aequam" (c. P. Felici, *Ianuen.,* dec., II, diei 7 ianuarii 1953, RRDec., vol. XLV, p. 10, n. 4).

Ast, ex recepta Nostri A. Tribunalis iurisprudentia, "quoties certo constet de nupturientis proposito excludendi a coniugio, absolute vel ad indefinitum tempus, prolem, consensus hoc proposito, per positivum voluntatis actum manifestato, vel conditione coarctatus seu vitiatus par haud est ad efficiendum sacramentum matrimonii" (c. B. de Lanversin, *Passavien.,* dec., diei 15 iunii *1994, Ibid.,* vol. LXXXVI, p. 315, n. 8).

5. - Ex his quae hucusque scripsimus, invalide contrahit qui momento praestationis consensus seu celebrationis matrlmonii saltem virtualiter prolis generationem excludit. Ratio in propatulo est cum ad prolis generationem et educationem ordinatum sit matrimoniale foedus (cf can. 1055, § l CIC 1983; cf can. 1012 CIC 1917). Praefatus canon exprimit verba et mentem Concilii Vaticani II: "Indole autem sua naturali, ipsum institutum matrlmonii amorque coniugalis ad procreationem et educationem prolis ordinatur iisque veluti suo fastigio coronantur" (Const. *Gaudium et spes, n. 48).*

Matrimonium, enim, volitum sine prole esset in suis principiis institutum quoddam substantialiter diversum ab illo, quod Creator voluit et statuit atque tuetur Ecclesia. Quod Concilium Vaticanum II, firmam doctrinam catholicam referens, docet: "Matrimonium et amor coniugalis indole sua ad prolem procreandam et educandam ordinatur" (Const. *Gaudium et spes,* n. 50).

Firmiter Magisterium Pontificium:

a) Statuit actui coniugali semper inesse vim naturalem vitae procreandae, ita ut in quocumque matrimonii usu "salva semper sit intrinseca illius actus natura ideoque eius ad primum finem debita: ordinatio" (Pius PP. XI, Liti. Enc. *Casti connubii,* diei 31 decembris a. 1930, n. 2).

b) Admonuit homines observare praecepta legis naturalis, quam. constanti Ecclesiae doctrina interpretatur, "id docet necessarium esse, ut quilibet matrimonii usus ad vitam humanam procreandam per se destinatur permaneat"(Paulus PP. VI, Litt. Enc. *Humanae vitae,* diei 25 iulii a. 1968, n. 11).

c) Docuit amorem coniugalem et ordinationem ad prolem essentialia esse ad matrimonium in facto esse: "Secundum Dei propositum est matrimonium fundamentum maioris communitatis familiae, quoniam ipsum matrimonii institutum atque coniugalis amor destinatur ad prolis procreationem et educationem, in quibus consummantur" (Ioannes Paulus PP. II, Adh. ap. *Familiaris consortio,* 22 novembris a. 1981, n. 14).

Haec matrimonii ordinatio ad prolis procreationem et educationem praedicatur a Catechismo Catholicae Ecclesiae: "fundamentale matrimonii et familiae officium est in vita esse ministerium" *(Catechismus Catholicae Ecclesiae,* Città del Vaticano 1997, n. 1653).

Superfuum. videtur omnia et singula revocare quae iurisprudentia Nostri A.·Fori ab annis de boni prolis exclusione edocet. Omnibus, tamen, notum est, ut constans doctrina et iurisprudentia N. A. Tribunalis profitentur, de matrimonii essentia non esse prolem in se ipsa, sed prolis intentionem. Certo proles non est de matrimonii essentia quoad effectum, cum ex vitio naturae deficere potest. Nam, irritum matrimonium non reddit simplex prolis defectus: "Matrimonium tamen minime coniugibus ius confert ad filium habendum, sed ius dat dumtaxat ad actus naturales ponendos, qui per se ad procreationem ordinatur" (Congregatio pro Doctrina Fidei, Instr. *Donum vitae,* diei 22 februarii 1987, AAS 80 [1987], p. 87).

Sed deficere proles quoque potest ex prava hominis voluntate, seu prolis in suis principiis exclusio (cf S. Thomas, *Suppl.,* 49; art. 3; .cf quoque IV *Sent.,* dist. 31, q. 1, art. 3), quo in casu attendenda est nota a probatis auctoribus et iurisprudenta N. A. .Fori opportune ac constanter recepta distinctio inter prolis exclusionem suis in principiis seu exclusionem iuris ad actum per se aptum ad prolis generationem, ad quem natura sua ordinatur matrimonium, et huius agniti et accepti iuris exercitii exclusionem.

Ad boni prolis exclusionem quod attinet iam assertum legitur: "Difficultas discernendi utrum ipsum ius ad prolem an iuris exercitium fuerit a contrahentibus exclusum … ubi directa desunt argumenta, ad praesumptiones recurrendm est, quarum praecipua stat pro excluso iuris exercitio … Huiusmodi tamen praesumptio merito cedit facto si bonis argumentis demonstretur unum vel alium coniugem ob graves perpetuoque duraturas rationes filios in perpetuum excludere statuisse: non enim admittitur ius cuius exercitium sit toto vitae tempore comparti denegandum" (c. P. Felici, *Romana,* dec., XXIV, die 30 martii 1949, RRDec., vol. XLI, pp. 140-141, n. 4).

Ad perpendendam, tamen, exclusionis borii prolis naturam, qua declaratio nullitatis matrimonii est petita, singulis in casibus inquirendum penitus est de vera intentione eius, qui dicitur consensum simulavisse, ut determinetur revera utrum ipse ius ad actus coniugales per se aptos ad prolis generationem suo proposito excluserit, an potius exercitium iuris. Etenim, defectus prolis, quamvis consulto volitum vel ante nuptias, hoc ex capite non neccesario matrimonii nullitatem secum fert, nisi prolis exclusio implicet iuris vel officii coniugalis limitationem.

Ita, enim, si coniuges, ''unus vel ambo, matrimonium ineant ea intentione, ut tradant et acceptent ius in corpus ad actus incompletos et illicitos ponendos, vel ad unum alterurnve filium procreandum., sed positive non excludant ius perpetuum et exclusivum in corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem, matrimonium valet". Nec aliter "si coniuges conveniant inter se de prole vitanda per aliquod tempus, coniugium per se habendum est ut validum, seu praesumitur in casu vera traditio et acceptatio iuris perpetui et exclusivi in corpus, ea quippe quae requiritur et sufficit ad valorem coniugii ex consensu matrimoniali rite praestito", quamquam "obiective matrimonium erit validum aut invalidum., prout praedicta traditio et acceptatio iuris perpetui et exclusivi in corpus adfuerit necne" (F.M .. Cappello, *Tractatus canonico-moralis de Sacramentis,* voI. V, *De matrimonio,* Romae 1961, ed. 7, p. 335, n. 600).

7. - At, cum homo sanae mentis sine sufficienti causa motiva numquam agat, in primis aestimanda est causa praesumptae exclusionis boni prolis non tantummodo obiective considerata, sed praesertim contrahentis animo definita. Si ille nempe omnem prolem apta proportionata causa, a se ita determinata, e matrimonio ineundo exc1udere voluerit, ut diversimode matrimonium contrahere respuerit, censendum est iuris exclusionem eundem intendisse. .

Ad simulationem recte aestimandam valde interest perpendere causam, qua contrahens vel nupturiens ad excludendos filios in perpetuum et absolute ductus fuerit: "Causa simulationi proportionata adesse debet saltem pro contrahente cui simulatio tribuitur et talis quae superet causam nubendi" (c. A. B. Bottone, *Ialespolitana,* dec., diei 13 martii 1998, RRDec., vol. XC, p. 244, n. 14). Probata, enim, intentione nupturientis filios excludendi in perpetuum facilius iuris exclusio coniicitur, quamvis causae sint malae et vanae, dummodo perpetuae prolem excludentes, uti intentio evitandi iurgia et dissensiones, quae inter filios diversae matris facile oriri solent. In singulis, autem, casibus, maxima cum diligentia oinnes circumstantiae et causae adiuncta perpensanda sunt.

Ast, ubi de facto, perdurante vita coniugali, genita est proles, prima facie iam via videretur praeclusa ad instaurandam causam de matrimonii nullitate ob bonum prolis exclusum, quia facta sunt verbis validiora. Nam, hoc in casu, neminem fugit difficillimam esse absolutae voluntatis anteconceptionalis probationem. Ut firma maneat illa probatio, constare debet prolem occasionaliter et per accidens fuisse genitam argumentis, quae confutari vel repelli non possint, "et quidem haud obstante pertinaci et vigilanti usu mediorum ad illam vitandam" (c. R. Funghini, *Venetiarum,* dec., diei 16 aprilis 1986, *Ibid.,* voI. LXXVIII, p. 261, n: Il).

Cum vero agatur non de una, sed de bina prolis conceptione, interiecto temporis intervallo habita, difficultas probationis augetur et mentis simulatoriae exquista probatio fere impossibilis evadit. Nam, scriptum est:

a) "Filius tamen natus est die 11 martii 1940" (c. L Pasquazi, *Patavina,* dec. diei 6 aprilis 1962, *lbid.,* vol. LIV, p. 126, n. 1). Sed post hanc decisionem, concessa nova causae propositione, prodiit decisio contraria: "Neminem, tamen, latet causas huiusmodi difficilioris esse solutionis, cum exsistentia prolis praesumptionem inducat normalis traditionis et acceptationis iuris in corpus. Nihilominus impossibile non est evincere eiusmodi praesumptionem, si demostrari queat unicam prolem occasionaliter genitain fuisse, dum e contra stat, perdurante tota conviventia coniugali, praxis onanistica, teneciter servata … Occasionalis, enim, eventus non est effectus voluntatis nisi per accidens, dum, e contra, habitualis modus agendi iuxta onanisticam praxim est continua repetitio actuum voluntatis et habitum mentis demonstare valet inde ab

initio servatum. Ad ostendendam, igitur, aptitudinem voluntatis attendi. debet ad id, quod per se accidit, non ad id quod per accidens supervenit" (c. I. Palazzini, *Patavina,* dec., diei 18 maii 1966, *Ibid.,* voI. LVIII, p. 326, n. 6; c. L Palazzini, *Albinganen.,* dec., diei 26.aprilis 1967, *Ibid.,* voI. LIX, pp. 234-235, n. 4).

b) "Stricte loquendo … qui prolem suscipit, esto contra suam voluntatem, facto ostendit se non semper excluxisse ius in corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem. Huiusmodi factum praesumere sinit intentionem contrahentis contra prolem non fuisse absolutam et in omne tempus. Aliis verbis, exsistentia prolis praesumptionem inducit normalis traditionis et acceptationis iuris in corpus. At, haec praesumptio, utpote hominis tantum, contrariam admittit probationem, Impossibile enim non est vincere hanc praesumptionem, si demonstretur unicam prolem occasionaliter genitam fuisse. Occasionalis iste eventus non est effectus voluntatis nisi per accidens, si ostendatur habitus mentis, inde ab initio servatum, nihil aliud esse nisi repetitionem actuum voluntatis contra prolis generationem … " (c. O. Bejan, *Neapolitana,* dec., diei 30 martii *1968, Ibid.,* vol. LX, p. 280, n. 7; c. L. Anné, *Torontina,* dec.,16 iulii 1968, *lbid.,* voI. LX, pp. 574-575, n. 8: "At, haec praesumptio, utpote hominis, contrariam admittit probatìonem et vinci potest … "; c. V. Fagiolo, *Fiorentina,* dec., diei 14 novembris 1969, *Ibid.,* vol. LXI, p. 997, n. 7).

c) "Quid, denique, sentiendum est de vi intentionis elicitae ab eo qui, ante nuptias firmiter statuerat nullam prolem generare et, post nuptias, non obstantibus cautelis adhibitis, prolem nihilominus suscepit? Huiusmodi factum praesumere sinit intentionem contrahentis contra prolem non fuisse absolutam nec in omne tempus. At, haec praesumptio, utpote hominis, contrariam admittit probationem et vinci potest, si distincte demonstratur prolem, contra asserti simulantis voluntatem procreatam esse, vel mere accidentaliter vel ex opere uxoris virum invitum dolose circumvenientis, dum insimul ostenditur virum suae mentis habitum inde ab initio servatum semper in praxim deduxisse repetitione continua ex parte saltem ipsius, actuum voluntatis contra prolis generationem" (c. L. Anné, *Torontina,* dec., 16 iulii 1968, *Ibid.,* voI. LX, pp. 574-575, n. 8).

d) "Tandem, cum ius petendi atque obtinendi declarationem nullitatis coniugi ob exclusum bonum prolis, exsurgat primo ex denegato et non concesso iure ad coniugales actus et inde ex denegata prole, quum. haec reapse nata est, firma exurgit et habetur praesumptio, nedum iuris sed etiam facti, quod et ius ad coniugales actus concessum fuit" (c. V. Fagiolo, *Fiorentina,* dec., diei 14 novembris 1969, *Ibid.,* vol. LXI, p. 997, n. 8).

Semper, tamen, iudicis est colligere ex circumstantiis, utrum de vera exclusione an de mero abusu iuris agatur. Si exclusio boni prolis sit perpetua, ius ipsum exclusum esse praesumitur: "Exclusio prolis perpetua, non solum verbis inambiguis ante nuptias manifestata, sed et pervicaci constantique recusatione actus coniugalis post celebratas nuptias, licet per se non evincat certissime exclusionem iuris, huius tamen magnam praesumptionem praebet … " (c. P. Felici, *Ianuen.,* dee., Cxx, die 15 decembris 1953, RRDec., vol. XLV, p. 773, n. 2).

Obiiciendum., vero, non est voluntatem contrahentis abutendi matrimonio vel onanistice copulam matrimonialem exercendi non inducere matrimonii nullitatem, quoniam hoc usum iuris circa prolem et non ipsum ius ad prolem respicit. Nam si coniux non alio modo nisi absolute onanistice exercere copulam velit et hac voluntate matrimonium ineat, iam ipsum ius ad prolem coniugem exclusisse coniicitur. Non exsistit quidem generalis norma, quae hac in re simpliciter possit applicare, sed rectam quaestionis solutioriem nonnisi omnes causae circumstantiae praebere valent.

Sunt, enim, attendendae circumstantiae antecedentes, matrimonio concomitantes et subsequentes ex quibus genuinae contrahentis mentis indicium trahi possit. Etenim: ''Necesse imprimis est probare causam simulationis; deinde ipsa simulatio evinci debet coniecturis seu circumstantiis antecedentibus et subsequentibus, quae adeo urgentes sint ut eertum moraliter reddant iudicem ficti eonsensus" (c. M. F. *Pompedda,.Romana,* dec., diei 3 februarii 1981, *Ibid.,* vol. LXXIII, p. 69, n. 5; e. I. Prior, dec., XXII, diei 9 iulii 1911, *Ibid.,* voI. III, p. 241, n.8).

Circumstantiae, vero, ex quibus indicia et coniecturae depromi possunt ad simulationis factum probandurn, certae atque determinatae esse debent, non solurn adfirmatae ab actore, sed aliunde probatae, quae cum simulato consensu adserto directe cohaereant. Certitudo, tamen, promanans ex pluribus coniecturis et adminiculis simul ad probationem sufficit. Etiam verba pronuntiata a simulante tempore non suspecto et relata a testibus fide dignis, et facta ab actore posita, quae absque simulatione explicari nequeant, argumenta eoncludentia haberi possunt. Utrumque prolis exclusionem esse undique circurnspiciendam et perpendendam ut ad simulationem concludatur.

8. - Ut supra diximus, agitur de probando defeetu consensus interni in foro externo. Contrahens simulans melius cognovit suum consensus interni defectum. Confesionem eius partis, cui simulatio de prolis exclusione adscribitur, perpendere oportet (cf can. 1536, § 2 CIC 1983; cf can. 1751 ere 1917). Procul dubio, eius confessio est magni momenti pro demonstratione conficienda, praesertim si personae spectatae fidei sint.

Attamen, iudicialis affirmatio simulantis non satis est, cum ipse sit pars in causa et de bono publico agatur. Nam fieri potest, ut nunc simulet, quo nempe facilius a vinculo matrimoniali a iudice liberetur, quamvis tunc sincere suum consensum praestiterit. Simulantis, enim, confessio de prolis exclusione caute aestimanda est. Hanc ob rem, iudicis est semper inquirere, an praetensa simulatio ab actore admissa possit concludentibus argumntis probari, id est sive verbis tempore non suspecto prolatis a simulante et relatis a testibus fide dignis sive factis ab illo positis, quae absque simulatione nequent explicari.

Utcumque confessio extraiudicialis ab actore facta ante matrimonii celebrationem vel brevi post nuptias, quando adhuc de causa nullitatis matrimoniio b prolis exclusionem introducenda nemo cogitabat, multo plus valet quam confessio in iudicio facta.

Partis conventae denegatio pactionis inter coniuges facta de simulatione ex parte actoris nullo modo impedit, quominus cetera argumenta quandoque ad moralem certitudinem de simulatione ac de matrimonii nullitate in iudice panendam per se sufficiant. Ad hoc: "Videndum quoque est an pars conventa, in sua oppositione destringenda, mota sit rationibus odii, simultatis, pudoris, acrimoniae ob pecuniam forte quaesitam et non receptam. Videndum insuper qualis sit figura moralis partis conventae, si gravis, si levis, si inconstans, ut eius oppositio valeat aeque pensitari" (c. A. Sabattani, *Venetiarum,* dec., diei 24 iulii 1962, RRDec., vol. LIV, p. 457, n. 3; cf etiam c. A. Jullien, dec., XXXVI, diei 26 maii 1934, *Ibid.,* p. 232, n. 2).

Sin autem inter coniuges aperta deprehendatur contradictio, "iudicis munus est constabilire, ex interno actorum examine, cui maior credibilitas tribuenda est; prae oculis tenenda sunt, si adsint, testimonia credibilitatis a parochis vel a sacerdotibus exarata, declarationes testium fide dignorum, necnon facta, circumstantiae et praesumptiones quae ex firmis adductis probationibus colligi possunt" (c. F. Bruno, *Ravennaten.- Cervien.,* dec., diei 19 decembris *1995, Ibid.,* voI. LXXXVII, p. 734, n. 6).

9. - Testes in excussione coram iudice referant oportet simulantis dicta et matri-

monii circumstantias, non vero proprios sensus et opiniones. Testium, autem, verba obiter dieta de matrimonio in genere potius quam de proprio simulantis matrimonio ad nihil inserviunt. Item non sufficiunt nuda testium assertiones contra prolem se hoc vel illud audivisse, sed necesse est ut dicant quo tempore, quo loco, quonam contextu, a quanam persona audiverint.

Iudex, autem, semper perpendere debet ea quae a testibus dicta sunt: "Si verba a testibus adhibita .. adhuc videtur aequivoca non est statim coneludendum testes nihil omnino ad probationem attulisse in iudieio. Nam verba testium in se aequivoea, ad veritatem detegendam et corfirmandam trahi possunt, saltem tamquam gravia indicia, dummodo cum complexu·omnium elementorum probativorum totius causae componi valeant. Tandem ubi testes inter se discrepant, praeferenda sunt testimonia eorum testium qui satatum animi simulantis melius cognovisse iure praesumuntur" (c. T. M: Mundy*,Portlanden.,* dec., diei 24 februarii 1970, RRDee., voI. LXII, pp. 188-189, n. 17).

Testes, tamen, non videntur fidem mereri, cum eorum depositiones fere una voce sonant, iisdem verbis utentes. Cordatus, vero, iudex, ad testium depositiones valutandas, prae oculis habebit quod "experientia nos docet frequentes esse testes qui deponunt non tam quae vera sunt, quam quae utilia putent ut coniuges in causa - eorum forsan propinqui vel amici - libertatem a vinculo, utcumque, acquirant. Istum modum agendi … plures ex illis testibus non credunt esse deceptionem Ecclesiae, et culpabile coram Deo mendacium, sed opus caritatis, qui id faciunt ut amicum in necessitate versantem adiuvent. Evenit proinde ut deponant quae non viderunt, asserentes se vidisse, audivisse etc, vel saltem frequentius exaggerant … collocant ante matrimonium ea quae post infelicem exitum matrimonii effutiri forsan audierunt"· *(De causis matrimonialibus,* in: M. Lega, V. Bartocetti, *Commentarius in iudicia ecclesiastica,* voI. III, Romae 1950, p. 179).

Testium depositiones corroborare possunt coniugum confessiones, maxime extraiudiciales prolatas, sed quando "testes veluti in duas acies inter se dimicantes dividuntur aut quando rationabiliter suspicaur periculum collusionis tunc, ut veritas praeter corticem verborum elucescat, maxima adhibenda est diligentia in aestimando qualitatem et pondus testimoniorum potius quam quantitatem, in secernendo substantialia ab accidentalibus, verisimilia ab inverisimilibus, vera a possibilibus, quae tribuenda sunt intentioni favendi partibus ab his reticentiae aut defectui informationis vel scientiae debentur. Quam maxime semper attendenda sunt ingenium, passiones, interesse testium et horum relationes cum coniugibus" (c. M. Giannecchini, *Romana,* dec., diei 14 ianuarii 1982, RRDec., voI. LXXIV, p. 7, n. 3).

10. - Sane Opus est iam nunc ut subscripti Patres suam admirationem pandant qua de causa sive in prima cura sive in altera instantia et praesertim apud Nostrum Apostolicum Tribunal Tumus constitutus est coram quinque Auditoribus. Id, autem, haud recte factum est antea neque talem constitutionem Romana Rota sequi tenetur,

Ast elementa et singulas partes, nostro in casu, discernamus:

a) Vicarius iudicialis Tribunalis Ecclesiastici Interdioecesani Beneventani, die 24 septembris 1999, decrevit constitutionem quinque iudicum: "considerato che il tribunale di tre giudici, nella seduta del 22 settembre 1999 per la decisione; non è addivenuto a sentenza -a motivo della non raggiunta maggioranza; considerata la difficoltà della causa; udito il Difensore del Vincolo; visto il canone 1425, par. 2; elegge e deputa per la trattazione della causa, insieme ai tre giudici già costituiti, altri due giudici" (Risp.324/98).

Animadvertimus Vicarium iudicialem non esse Episcopum (cf cann. 1419, §§ 1-2;

1420, §§ 1-2), qui committere potest causas difficiliores vel maioris momenti iudicio trium vel quinque iudicum (cf can. 1425, § 2). Agitur, in casu, de Decreto nullo a Vicario iudiciali emisso, quamquam sententia in prima instantia dicta vitio sanabilis nullitatis dumtaxat laborat (cf can. 1622, l°).

b) Vicarius iudicialis Tribunalis Ecclesiastici Regionalis Neapolitani seu Campani, in altera iudicii gradu,. die 15 martii 2001, decrevit, in casu, constitutionem quinque iudicum: "considerato il can. 1441 CIC, che statuisce che il Tribunale di secunda istanza deve essere costituito allo stesso modo del Tribunale di prima istanza" (P.N. 61/2000 A).

De re, autem, consideramus canonem 1441 non recte a Vicario. iudiciali Neapolitano explanatum esse in secunda instantia, quoniam memoratus canon exceptionem magni momenti addit, quae rumpit comparationem primae instantiae cum secunda, id est ad alterius gradus constitutionem Tribunalis quod attinet. Etenim: "Si tamen in prima iudicii gradu, secundum can. 1425, § 4, iudex unicus sententiam tulit, tribuna! secundae instantiae collegìaliter procedat".

Hac in re iuvat tradere: "Alteri quaestioni respicienti iudicum unicum aut collegialem satistit can. 1596 [CIC 1917] ita conceptus: "Si collegialiter causa in prima instantia cognita fuerit, etiam in gradu appellationis collegialiter nec a minare nec a minore iudicum numera definirl debet". Siquidem quamvis primae et secundae aut ulterioris instantiae tribunal canstituatur, tamen duplici forma veluti extrinseca, hoc suam exercet competentiam; quum aliquando iudex sit unicus, aliquando sit collegialis; collegium autem constat.vel tribus vel quinque vel .etiam. numera pluribus iudicibus, uti contingit in S.R.Rota. Iamvero quia in secunda et ulteriori instantia ad novum examen vocatur quaestio instantia definita, esset maxime incongruum causam a iudice collegiali definitam. a iudice unica in appellationis instantia iudicari, vel si a collegio quinque iudicum prodierit sententia primae instantiae, a tribus iudicibus ista cognosceretur in iudicio appellationis. Etenim censura in sententiam prolatam in iudicio appellationis exerceri debet a iudicibus qui etiam, ob extrinsecam numeri auctoritatem, nihil cedant iudicibus primae instantiae. Proinde ex adverso, non officit sententiam appellationis proferri a iudice collegiali quum primam instantiam definierit iudex unicus. Hoc necessaria contingit in causa primo definita a iudice unica a qua appelletur ad S. R. Rotam, tribunal collegiale iuxta normas mos enucleandas" (M. Card. Lega, curante Victorio Bartocetti, *Commentarius ·in iudicia Ecclesiastica iuxta Codicem Iurts Canonici,* val. I, Romae 1950, p. 172, n. 3).

Ubinam in Codice Iuris Canonici vigente aut in Normis Tribunalis Romanae Rotae talis dispositio invenitur? Oportet ideo recurrere ad canonem 1425, § 2, iuxta quem: "Episcopus causas difficiliores vel maioris momenti committere potest iudicio trium vel quinque iudicum". Heic, patet agi de commissione seu de constitutione collegii trium vel quinque iudicum pro causis difficilioribus, quae certo certius vel haud necessario sunt causae contentiosae vel poenales, de quibus sermo in paragrapho prima, nn. 1 °-2⁰ citati canonis 1425, pro quibus iam praevisa et necessaria est, sub poena nullitatis, constitutio tribunalis collegialis trium iudicum.

Nullibi, enim, in Codice Iuris Canonici praevidetur possibilitas vel utilitas maioris numeri iudicum, ut puta, si emergentibus in instructione causae adiunctis, hae urgerent usum facultatis Episcopi augendi collegium rite iam constitutum. Altera possibilitas, ergo, augendi numerum iudicum praeter can. 1425, § 2, prorsus in Codice Iuris Canonici ignoratur.

c) Apud N. A. Tribunal Exc.mus P. D. Decanus, nostro in casu, die 28 iunii 2001, constituit Tumum trium iudicum, et subscripto munus Ponentis adsignavit.

Non habetur, in casu, prima discussio (cf art. 93), et alter Iudicum ·conventus (cf art. 94 *Normarum Romanae Rotae Tribunalis).* Itaque subsignatus Ponens quaestionis statum Exc.mo P.D. Decano non significavit,

Nihilominus Exc.mus P. D. Decanus, die 22 octobris 2001, Decretum edidit: "Cum tum in primo tum in altero iurisdictionis gradu, causa visa fuerit a Turno quinque Iudicibus constituto, et Rotalis Tumus ita augetur: … ".

Exc.mus P.D. Decanus consituit Turnum quinque Auditorum, at videtur hoc fecisse ob singularem novamque facultatem sibi concessam pro rerum adiunctis (cf art. 18, § 3 et § 1,. *Normarum Romanae Rotae Tribunalis,* AAS 86 [1994] 508-540). Praefatam, vero, facultatem adhibuisse ipsummet, quantum coniectura consequimur, animi conscientia excruciatum, siquidem Vicarius iudicialis Tribunalis Ecclesiastici Interdioecesani Beneventani commisit ut causa in prima instantia a quinque iudicibus cognita fuerit, ut supra diximus, et nec aliter Vicarius iudicialis Tribunalis Ecclesiastici Reginalis Neapolitani in gradu appellationis decrevit.

11. - Sunt, vero, qui censeant canonem 1425 CIC 1983 conferendum esse atque interpretandum iuxta canonem 1576 CIC 1917, qui in paragrapho prima, nn. 1°-2° praevidebat constitutionem collegiorum iudicantium trium vel quinque iudicum. Nam ad quaesitum·propositum: ''utrum eiusmodi collegia dicenda sint tribunalia ordinaria an delegata. Censemus esse tribunalia ordinaria. Naro in primis collegiis ex munere competit causas iudicare, in quo consistit ordinaria potestas". (F. Roberti, *De processibus,* voI. I: *De actione. De praesuppositis processibus et sententiae de merito,* ed. 4, In Civitate Vaticana 1956, pp. 62-63, n. 118).

Singillatim declarat praefatus Auctor causas, quae "collegio trium iudicum reservantur: a) causae contentiosae … ; b) causae criminales de delictis pro quibus puniendis statuitur … Collegio quinque iudicum reservantur causae criminales de delictis … (can, 1576, § 1,2°)" (F. Roberti, *o. C.,* pp. 271-272).

Neque diversimode tenent aliqui probati auctores. Etenim:

a) "Uti patet legenti canonem 1576 tribunal collegiale aliquando praecipitur, aliquando consulitur. Praecipitur pro causis reservatis in par. 1, 1 ° et 2°; consulitur pro causis sub par. 2 significatis" (M. Card. Lega, curante Victorio Bartocetti, *Commentarius in iudicia ecclesiastica iuxta Codicem Iuris Canonici,* voI. I, Romae 1950, p. 125, n. 4).

b) "In par. 2 [canonis 1576] Ordinario fit facultas et praestatur consilium, ut tribunal trium vel quinque iudicum cognitionem committere, aliarum causarum, idque praesertim faciat quando de causis agitur quae attentis temporis, loci et personarum adiunctis et materia iudicii, difficiliores vel maioris momenti videantur. Littera canonis adeo est perspecta ut nulla indigeat explanatione; eius vero intentio, negotia nempe iudicialia praesertim difficiliora, accuratiori examine collegialiter expedienda, quippe agitur de iustitiae administratione, et iustitia est fundamentum civitatum ipsarumque dioecesum non est minus explorata; et praeterea est apprime conformis traditioni ecclesiasticae mos causas expedire in tribunali collegiali" (M. Card. Lega, curante V octorio Bartocetti, *Ibid.* , voI. I, p. 131, n. 7).

Per praescriptum canonis 1576 CIC 1917:

a) "Tribunali collegiali trium iudicum reservantur … causae contentiosae … " [cf can. 1576, § l, l°].

b) "Tribunali quinque iudicum reservantur causae, quibus agitur de delictis, quae depositionis privationis perpetuae habitus ecclesiastici, vel degradationis poenam important (can. 1576, § 1,2°)".

c) "Loci Ordinarius (excluso Vicario Generali), tribunali collegiali trium ve quinque iudicum cognitionem committere potest etiam aliarum causarum: et id praesertim

faciat, quando de causis agitur, quae difficiliores et maioris momenti videantur (can. 1576, § 3)" (S. Sipos, *Enchiridion Iuris Canonici,* ed . 7, Herder, Romae - Friburgi Brise - Barcinone, 1960, p. 716, n. 4).

Paucis, statuto Principio penes quod causae contentiosae pertractandae sunt a tribunali collegiali, aliae causae, quae pertractari debent a iudice unico, committi possunt, si casus ferat, tribunali trium vel quinque iudicum.

Ad legem, autem, canonicam vigentem quod spectat, iam non habentur causae contentiosae, et poenales, quae tribunali quinque iudicum reserventur, sed tantum tribunali collegiali trium iudicum, reprobata contraria consuetudine (cf can, 1425,· § l, 1°-2), etiamsi Episcopus committere potest iudicio trium vel quinque iudicum causas difficiliores vel maioris momenti (cf can. 1425, § 2), perscrutandum sit. Sin autem, contra exceptionem iure factam, aut munus ab Episcopo commissum, sententia lata est a non legitimo numero iudicum, decisio vitio sanabilis nullitatis laborat (cf can. 1622, l°), non vitio insanabilis nullitatis, ut in can. 1892, l° CIC 1917, erat praescriptum.

III - IN FACTO

12. - Causa haec, quae iudicanda, in tertio iudicii gradu, venit ob exclusum bonum prolis ex parte actoris, certo certius difficilis sese praebet, quoniam prudens Iudex superare debet duas contrarias praesumptiones, quarum prima est favor iuris, quo matrimonium gaudet, et altera est quia interni animi sensus conformeses verbis reputantur. Praeterea, nostro in casu, e diametro inter se distant partes, utpote "attestate su posizioni diametralmente opposte e contrastanti", quoad thesin ab actore in iudicio vindicatam. Qua de re gravis discrepantia inter duas primas sententias deprehenditur, quarum una est negativa, altera, vero, affirmativa, Sine dubio, praesenti in casu, maximi momenti esset iudicium de partium credibilitate. Hanc ob rem, enim, aequo animo impossibile est utramque partem credibilem esse, sed solummodo alterutram. Nullum in Romanae Rotae Tribunali instructionis supplementum, in casu, secutum est, quod utile esset ad iudicium .de credibilitate partium promendum. Nullus, insuper, testis ex officio inductus est; praesertim nullus sacerdos excussus est, qui, iuxta rectam cum partibus consuetudinem, iudicium de alterutrius credibilitate promere valeret. Ignoratur cur Iudices sive primae sive alterius instantiae nixi non sint ad iterum citandum quemdam Rev.dum R. (95), qui, adserente ipso actore (15), elementa utilia et quidem hausta e colloquis cum utraque parte praebere potuisset.

Immo nec constat perspicue quamnam ob rationem actor hanc causam instituisset. Ipse, una cum suis testibus, contendit, in casu, conventam refellere matrimonii nullitatem non ad veritatem defendendam, sed tantummodo ob "interessi economici", quoniam "teme di perdere l'assegno di mantenimento stabilito dal tribunale civile al momento della nostra separazione. Di fatti io corrispondo lire 45.000 a lei e lire 450.000 al bambino" (161/8).

At cur actor pro matrimonii nullitate dimicat? Ipse sibi prospicere non deberet novum matrimonium canonicum, quod iterum nullum esset, si ipse reapse prolem radicitus excludit. Ideo et ipse probabiliter contendit pro matrimonii nullitate reapse "per interessi economici", videlicet ad vitanda erga conventam quaelibet onera oeconomica. Si res ita esset, graviora dubia de ipsa omnimoda huius causae genuinitate exstarent. Qua re Iudicis est omnia diligenter perpendere, ut omnia in sua clariore luce ponantur.

13. - In huiusmodi causis, cum plerumque de intentione adserti simulantis magis edocti sint, qui eo familiariter tempore nuptiarum utebantur, sequitur per se maius

pondus esse tribuendum testibus qui a simulante inducti sunt, scilicet, in casu, ab actore. Dum testes a conventa inducti, cum nullam consuetudinem tempore celebrati matrimonii cum adserto simulante fecissent, potius propria indicia seu opiniones tantum proferre valent.

Quam ob rem, nostro in casu, saltem si credibiles sunt actor eiusque testes, tamquam probata satis habenda esset ob exclusum bonum prolis ex parte actoris matrimonii nullitas, quae ex iudicialibus asserti simulantis declarationibus in universum pateret.

14. - Vir actor, utcumque, modo viduus factus est, die 4 aprilis 1986, et duabus filiabus in tenera aetate, octo et quattuor annorum, constitutis oneratus, nuptias cum conventa contraxit, die 4 septembris a. 1988, sed prius factis vel impositis sponsae·pactionibus de prole non procreanda sive ab initio consuetudinis sive pridie quam ipsam in uxorem duxit. Nam, actor:

a) Interrogatus, die 22 septembris a. 1998, in primo iudicii gradu, ita suam mentem aperuit: "Fin dal primo incontro del 7 luglio '87 io esposi alla S. quali erano le mie intenzioni e richieste per dar corpo e vita ad eventuale matrimonio, in particolare dissi che ero vedovo e avevo due bambine in tenera età e che non avrei voluto altri figli del nostro eventuale matrimonio" (71-72/6). Actor, enim, nunc loquitur de sua voluntate ac petitione filios a matrimonio excludendi et conventae multo ante nuptias expositis. Atque ipse adfirmat conventam illico eiusdem petitiones accepisse: "Queste mie richieste vennero subito accettate dalla S. la quale mi disse che io ero stato molto chiaro con lei e perciò che potevano incontrarci nei giorni successivi. A me sembrò che la S. fosse sincera" *(Ibid.).* Revera adest, in primis, clara et aperta simulantis confessio.

b) Aliter actor adserit haud dubie se uxorem non duxisse: "Se la S. non avesse accettato le richieste a cui ho appena accennato". Sed ipse adhuc addit: "lo manifestai a lei ma non ai suoi parenti le mie intenzioni; i miei parenti invece già conoscevano le miei intenzioni matrimoiriali" (72/7). Actor adfirmat quoque se hanc suam firmam intentionem matrimonialem aperuisse ante nuptias non tantum conventae, verum etiam ipsi actori cognatione coniunctis.

c) Ad aliud quaesitum item ipse respondet: "quando fu ripresa la convivenza ed io in tale occasione ribadii ancora una volta le mie richieste che la S. avrebbe dovuto rispettare a cui ho già accennato e che lei aveva accettato" (73/11). Convictu, vero, recepto, iterum conventae confirmavit actor suas petitiones, quas ipsa reciperat. Qua de re: "Eravamo convinti e fiduciosi entrambi che le cose fossero andare per il meglio". *(Ibid.).* Ambo, enim, erant persuasi et fiduciae pleni, ut optime res se haberent.

d) Tempore celebrationis matrimonii vel praestationis consensus, actor insuper narrat se habuisse voluntatem definitam excludendi filios ad vitandas, filiabus iam habitis, futuras implicationes: "Ribadisco che fin dall'inizio io ho avuto la volontà precisa di non avere altri figli per evitare future complicazioni con le figlie che già avevo" (73/12). Quae actoris vera voluntas filios a matrimonio excludendi erat perpetua, quae, in casu, causa apta et proportionata est simulandi causa ad fliarum futuras difficultates devitandas. In animo actoris taliter disposito adserta et probata prolis exclusio consideranda est.

e) In secunda, vero, instantia, actor denuo interrogatus, die 14 decembris 2000, ad alterum quaesitum respondens confirmat ea quae in primo iudicii gradu declaraverat. Nunc ipse rogatus rem, quantum potest, illustrat: "lo, come già ho detto in primo grado, ero rimasto vedovo con due bambine, una di otto anni e l'altra di quatro anni. Temendo che un altro figlio dalla seconda moglie sarebbe stato causa di gelosia tra

loro e anche di preferenze da parte della madre, posi ad A. la condizione di non aver altri figli sposandola" (157/2). Causa simulandi, in casu, a ratione contrahendi bene distinguitur. Vehemens amor filiarum in actorem amorem excitavit.

Denique praetereunda non est sequens actoris declaratio: "Posi ad A. anche altre tre condizioni: che lei accudisse come una vera madre le mie due bambine anche perché io come carabiniere non mi trovavo a casa con loro per molte ore della giornata; che non c'era bisogno che si acquistasse un altro mobilio poiché io avevo già i mobili del primo matrimonio e non mi mancava nulla e lei avrebbe potuto investire in banca quella somma destinata per il mobiliario; che lei fosse disponibile a seguirmi dove mi avrebbero assegnato come carabiniere. A. esplicitamente dichiarò di accettare queste condizioni" (157/2). Quas tres conditiones noverat quidem conventa et ipsa adnuit, ut ex relatis actoris verbis emergit.

Actor plane explicat deinceps: "Anche se posi quattro condizioni ad A., per me aveva valore prioritario, assoluto, che dal matrimonio con lei non nascessero altri figli proprio perché, come ho detto prima, temevo che si creassero delle gelosie e delle incomprensioni con la presenza di un altro figlio nei confronti delle due bambine avute nel primo matrimonio" (158/2). Re quidem vera, nedum clara est haec actoris confessio, sed clarior vel suasior quoque habenda causa simulandi quoad tertiam exigitam conditionem, quae nostra interest, scilicet quod e matrimonio alii fili orti non essent ad vitandas aemulationes pravasque interpretationes praesentia alius filii cum filiabus ex primo matrimonio natis.

15. - Sunt testes ab actore inducti, qui se praebent tamquam testes ante nuptias. Recolere iuvat eorum asseverationes. Quippe etenim: .

a) E., quae est partium amica, die 10 decembris a. 1998, deponit:

"Dopo alcuni mesi di convivenza decisero di sposare. Ho appreso la notizia dallo stesso M.. Ed in quel periodo io stessa esortai il M. di non avere figli, per non creare disagio alle bambine e lui con molta sincerità mi confidò che era convintissimo di non averli e di questo ne aveva parlato con la S., la quale accettava quella condizione e riserva" (88/7). Testis, enim, adserit se auribus suis audivisse actorem de re colloquentem cum futura sponsa ante nuptias. Vocabulum ab actore adhibitum iam ostendit firmum eiusdem propositum filios a matrimonio excludendi et eam conditionem conventae imponentem atque ipsam assensuram esse.

De coniugalis convictus tempore testis refert: "Il M. mi ha confermato di non volere figli e la S. me lo ha ribadito, manifestandomi le sue preoccupazioni perché lei voleva avere dei figli, ma non riusciva a convincere il marito" (89/12). Testis audivit quoque aperte a conventa, quod ipsa volebat filios habere, sed nihil agebat, quia maritus filios gignere nolebat, licet amore obcaecata spem semper ipsa foveret se superaturam esse illam filiorum exclusioneni affectu ac novis vitae condicionibus, et a quibus non modicum auxilium conventa sperare poterat.

b) S., filia sororis actoris, die 4 ianuarii 1999, memorat: "Mio zio ed A. decisero di dare vita ad una convivenza di fatto a Larino nell'interesse soprattutto delle bambine". Atque: ''Mi risulta che. in questo periodo, pur vivendo da marito e· moglie, non ci sono state gravidanze, perché mio zio aveva detto ad A. che non avrebbe voluto da lei altri figli" (96/5). Ante nuptias more uxorio partes in causa una vivebant, et actor tunc filios generandos respuebat, sed de re prius amantem certiorem fecit.

Memoriam tenet ipsa testis: "Mi consta che mio zio prima di decidere la data della celebrazione, non solo ha rinnovato le richieste fatte a suo tempo ad A. in merito alla cura delle figlie ed anche al domicilio, ma ha ribadito che lui non avrebbe voluto altri figli da lei", Explanat quoque: "lo sono stata informata di questo direttamente, in

quanto mio zio ed A., venendo a casa mia, parlavano spesso dei loro problemi ed A. più di una volta ha detto esplicitamente che anche se non avesse avuto un figlio proprio, avrebbe ugualmente accudito le bambine come figlie, perché li amava" (96-97/8). Post nuptias, testis in domo sua audivit aperte a coniugibus de filiorum procreatione disserere, ac circumstantias sic dictas matrimoniales confirmat, et nihilominus quae refert, et audivit ab actore tempore non suspecto quod ille alios filios non habendi seu haud procreandi frrmabat.

Ad rem pressim interrogata testis declarat: "A quanto mi consta, gli screzi e le baruffe iniziarono tra i due sposi dopo qualche anno, quando venivano a Bari in un appartamento di nostra proprietà. I motivi del dissacordo erano soprattutto dovuti al fatto che A. voleva un figlio da mio zio, ma lui non glielo voleva dare" (97/11-12). Qua re, ipsa simulandi causa, saltem in aestimatione actoris, gravis ac sufficiens ad exclusionem boni prolis erat. Testis indicat locum etiamque tempus, quo discidia et rixae inter coniuges inceperunt.

c) Actoris soror, M., die 4 ianuarii ·1999, ad quaesitum respondet: "Mio fratello prima di decidere il matrimonio chiarì ad A. la sua situazione personale, vedovo con figlie, e chiese alla S. garanzie specifiche per l'assistenza alle proprie figlie e inoltre·disse esplicitamente che non voleva altri figli da lei. Mi consta che la S. ha accettato le richieste di mio fratello e si è impegnata a mantenerle" (99/4). Ex allatis verbis positiva appositio conditionis ex parte actoris pro exclusione prolis certo certius evincitur, et conditionem conventa accepit.

Ad aliam interrogationem soror actoris adserit: "Dopo qualche anno … la S. sosteneva di avere diritto ad un figlio e me lo ha confidato più volte direttamente. Mio fratello era restio, perchè temeva che la nascita di un figlio avrebbe potuto creare problemi con le figlie di primo letto, ma A. ha insistito anche ricorrendo al ricatto di trascurare le figlie di mio fratello" (100/11-12).

Actor, enim, prolem omnino respuebat in suo matrimonio, quoniam ortus filii cum filiabus prioris matrimonii quaestiones efficere posset, sed conventa instabat marito ut filium genuisset. De re quoque. testis ab ipsa conventa audivit.

d) Actoris mater, M., interrogata, die 14. decembris 2000, in altera instantia, declarat: "lo so che prima del matrimonio c'era un accordo tra mio figlio e A. di non avere altri figli dopo il loro matrimonio. Fu mio figlio a chiedere ad A. tutto ciò perché egli era vedovo ed aveva due bambine, una di otto anni e un altra di quattro anni, che avevano bisogno di una donna che li accudisse. Mio figlio disse ad A. che lei avrebbe dovuto anche accudire e voler bene alle sue due figlie e A. promise di fare tutto ciò. Mio figlio era preoccupato che la nascita di un altro figlio causasse delle incomprensioni e delle gelosie" (167/2). Testis etiam loquitur de pacto inter coniuges habito prolem excludendi post nuptias ad sollicitudines et suspiciones inter filios diversae matris devitandas.

Testis aperte respondet ad quaesitum: "Prima del matrimonio lei si era detta pienamente d'accordo con mio figlio a non volere un suo figlio, però dopo il matrimonio si sentì più forte nei confronti di mio figlio e cominciò a pretendere che la metesse incinta affermando che era suo diritto avere un figlio in quanto aveva contratto un regolare matrimonio in Chiesa. Mio figlio invece resisteva a non metterla incinta e per tale motivo capitavano anche delle forti discussioni tra loro, anche quando essi venivano a casa mia. Lei diceva che non era soddisfatta di avere le due bambine della precedente moglie di mio figlio e che voleva uno proprio" (167-168/4). Mater actoris audivit iam ante nuptias conventam consensisse cum actore filios non procreandi, sed post matrimonium ipsa ius habere ad filium gignendum adserebat. Certo certius,

ergo, actum non est de formali pacto, saltem quod spectat conventae propositum, firmum non fuit neque absolutum, sed elicitum apparet ex quadam acquiescentia, oh sincerum amorem quo tunc temporis actorem prosequebatur.

Testes, enim, indicant causam simulandi et causam contrahendi ex parte actoris et roborant positivam eiusdem intentionem prolem excludendi inter matrimonium absolute et in perpetuum. Conventa, vero, ante nuptias iuxta testes pactionem de exclusione filiorum ex parte actoris recepit, sed ipsa, matrimonio canonico celebrato, filii procreationem ·exigebat, dum actor semper ipsae obstitebat.

16. - In causae actis etiam habentur testes ab actore inducti, qui tantum post nuptias sciunt sive de desiderio conventae filium procreandi sive de obstinata actoris recusatione. Hi, enim, sunt:

a) Partium amcus, I., die 5 octobris 1998, interrogatus commemorat: “Negli anni 1991-1992 cominciarono i litigi. La ragione era dovuta alla pressione della moglie per avere un figlio e la ostentata volontà di rifiuto da parte del M. Ricordo che vi è stata una circostanza, nella quale i coniugi, ospiti a casa mia, con forza discussero di questo problema … “ (77/11) .. Iterum rogatus ipse ait: “L’unica cosa che conosco è il forte desiderio di avere un figlio da parte della donna e l’ostinato rifiuto da parte del M., così come ho già deposto” (77/12). Praeter relatata ac dieta testis, adest etiam circumstantia, nam coniuges in domo sua de filiorum procreatione disceptabant et actor eiusdem voluntatem recusationis semper ostentabat. Quocirca ipse non tantum abusum intendebat, sed ipsum ius alterius partis invadebat, cum agebatur de filiorum exclusione, et ideo causa non tantum perpendenda est in sua obiectiva firmitate seu, in casu, filiarum ratione, sed quoque pensanda est mens simulantis et circumstantiae, quae certam reddunt exclusionem iuris ad actus per se aptos ad prolis generationem.

Ipse testis, die 14 decembris 2000, rursus instat: “Posso affermare sotto giuramento che il M. mi confidava la situazione di contrasto che si era creata tra lui e la moglie perché questa pretendeva assolutamente di avere un figlio e lui invece insisteva nel dire che avendo già due figlie dalla prima moglie non credeva opportuno accontentarla per non creare incomprensioni e gelosie tra le due bambine e il figlio che desiderava la seconda moglie … “(172/3). Contentiones inter coniuges aderant, quoniam conventa filios ab actore flagitabat. In animo, enim, actoris incidebant rationes plures ad prolem excludendam, ut luculenter ostenditur ex amore quem passim pro duabus pusillis filiabus expromebat. Adductam, enim, causam exclusionis filiorum, tum aequo animo seu obiective, tum praesertim subiective, aptam fuisse, admittendum apparet.

Ad aliam interrogationem testis respondet: “lo posso ribadire che la volontà del M. di non avere un altro figlio era decisa … “ (173-174/12). Perpendendo, . praeterea, circumstantias vicissitudinum antenuptialium et postmatrimonialium ex parte actoris, mox apparet finnitas et tenacitas ipsius in prole excludenda.

b) M., die 19 octobris 1998, partium amica, narrat: “Sulla vita intima posso. dire che la donna mi ha manifestato apertamente che ella voleva un figlio dal M., ma questi rifiutava … certamente posso dire e confermare che il M. non voleva prole dal matrimonio” (80/12). Haec testis nec minore firmitate loquitur quoad voluntatem in actore prolem excludendi, et conventa manifesto filium volebat.

c) M., quae medicus familiae fuit, die l Odecembris 1998, refert:

“Gli screzi iniziarono tra l’aborto spontaneo e la gravidanza portata a termine,. perché il M. non voleva assolutamente figli. Sono intervenuta cercando di rasserenare gli animi” (91/11). Actor, ergo,. absolute filios excludebat. Ast aestimetur causa excludendi in subiecto excludenti, quae saltem in aestimatione actoris ad prolis exclusionem gravis ac sufficiens erat. Testis, vero, animos coniugum placandi canabatur.

Memorat quoque testis: "La S. venne a confidarsi per la ostinazione del marito a non volere figli … Il M. manifestava apertamente la sua contrarietà per la gravidanza in atto, addiritura attribuendo ad altri la paternità … " (91/12-13). Constat, enim, actorem iuxta testem non suspectam obstinato animo prolem denegare ab altera parte explicite ac pluries sollicitatam, et simulans, fortuita praegnantia uxons detecta, repugnantiam manifestavit et sine mora paternitatem aliis adsignabat. Quoad praedictam testem, enim, censemus summae rerum fidem abrogandam non esse.

c) L. cognitum habuit actorem anno 1980, siquidem erat primae filiae eiusdem magistra, et, die lO decembris 1998, respondens ad quaesita enarrat:

"Negli incontri occasionali da entrambi ho conosciuto le rispettive convinzioni e posizioni: Il M. non voleva figli, perchè temeva di creare disamore nei confronti delle sue bambine da parte della S." (93-94/11). Actor, enim, filios futuros excludebat ad vitandam alienatìonem : erga puellas ex parte conventae. Qua de re convictus coniugalis neque longus neque pacificus fuit, quia ipse positive prolem excludendo ambitum consensus matrimonialis restringit.

Omnes testes, ut supra ostendimus, confrrmant sive *causam simulandt* actoris, qui, cum iam duas filias ex priore matrimonio haberet, timebat ne graves difficultates oriri possent inter easdem et prolem quae forsitan in novo conubio procreata esset, sive *causam matrimonii contrahendi,* id est desiderium actoris afferendi operam cuiusdam novi matris ad educandas filias, quae adhuc primae aetatis tunc erant. Quocirca peropportunum subsignatis Patribus videtur vadimonium M., filiae actoris, haud referre (cf 177- 180). Haec testis non audienda a iudice melius esset.

Ex memoratis vadimoniis, praeterea, innuuntur difficultates et altercationes inter coniuges post nuptias ortas esse praecipue quippe quia conventa instare ad prolem procreandam coepit, dum actor in deneganda prolis procreatione iuxta propositum et quoddam pactum ante nuptias effectum perseverabat.

17. - Actor nos pariter edocet se usum esse cautionibus ad prolem vitandam, quae sibi praesto erat iuxta conventae voluntatem. Nam interrogatus, die 22 septembris 1998, actor declarat: "La vita intima si è svolta in modo *regolare* senza accorgimenti specifici per impedire il concepimento, se non *il coito interrotto* da parte mia" (74/16-17). Praxis onanistica ab actore tenaciter est servata.

In altero iudicii gradu, actor iterum rogatus, die 14 decembris 2000, respondet: "Nella nostra vita intima coniugale io non potevo usare il profilattico perché A. diceva che ciò non era consentito dalla morale cristiana, per cui l'unica possibilità concessami da lei, per evitare metterla incinta, era l'interruzione del coito … " (158/3). Aliis mediis anticonceptionalibus uti non poterat actor, quoniam conventa adserebat doctrinam christianam de moribus id pati non posse. .

Non intermittit actor: "lo mi sono domandato anche, in seguito, se la sua proibizione di usare il profilattico derivasse dalla sua morale cristiana o da altri motivi, dato che senza difficoltà lei non solo aveva tali rapporti con me prima del matrimonio ma addirittura aveva accettato di convivere con me senza il matrimonio. Per questo motivo io ho capito che la sua proibizione del profilattico era motivata non dalla morale cristiana sua ma dell'intento di *incastrarmi* per avere un figlio da me" (159/3): Ipse, vero, actor persuasus est de conventae fallacia ad media anticonceptionalia pertinente.

Coitus interruptus, tamen, bis inutilis fuit proprie ob agendi conventae rationem, quae prolem propriam exoptabat: "Per tale intimità lei rimase incinta. A. non mi informò di essere rimasta incinta. Lo venni a sapere da lei quando si dovete ricoverare per sottoporsi ad un rischiamento. Dopo la notizia dell'aborto mi sentii più sereno per il pericolo scampato". Hanc ob rem refert actor: "le nostre intimità, per mia vo-

lontà, divennero molto rare, circa due volte al mese. Io tentavo di usare il profilattico ma lei non me lo permetteva e mi diceva che se avessi insistito lei si sarebbe rifiutata di avere rapporti con me. lo, sia per un bisogna naturale e sia per il timore che lei potesse intentare un' azione risarcitoria per il mio rifiuto di avere rapporti intimi con lei, accettavo di unirmi a lei interrompendo l'atto coniugale … per cui rimase incinta per la seconda volta, contro la mia volontà … La dottoressa mi confermò che Anna era incinta … mi meravigliai pertanto della sua gravidanza. Perciò proposi l'aborto … Anna si rifiutò decisamente di abortire … Di fronte a tale evento capii che non potevo fare nulla" (160/3). Immo, actor uxori conventae proposuit ut abortum procuraret, quem ipsa fortiter reiecit.

Actor, enim, se contrarium patefecerat utrique conventae graviditati, ita ut laetum se praebuisset quando prior graviditas propter abortum naturalem vanescebat; dum quoad alteram graviditatem ipse, cum frustra impulisset uxorem ad abortum patrandum, se voluntati conventae aptavit, et postea benevole et amanter se gessit erga filium, qui enatus est.

Haec est actoris thesis, quam firme ab exordio causae hodieque defendit, quam, tamen, conventa firmius denegat. Hisce in adiunctis, ut innuimus, matrimoriii nullitati partes adversantur.

18. - Profecto, si credibiles essent conventa et testes, qui ab ipsa inducti sunt, thesis actoris reicienda esset. Conventa, enim, nos certiores facit tempore ante nuptias actorem numquam patefecisse intentionem de prole excludenda. Nam:

a) Ipsa, die 27 octobris 1998, "declarat: "Ho ascoltato quanto mi si chiede

nella domanda n. 6 e ribadisco che prima del matrimonio non abbiamo parlato di eventuale prole, perciò non so dire per quali ragioni il M. intendeva escluderla dal nostro rapporto" (83/6). Haec conventae verba nimis generice enuntiata sunt, et, ut recte interpretentur, componenda sunt cum omnibus matrimonii vitaeque coniugalis circumstantiis. Probat, enim, saltem conventa actorem filios a coniugali commercio excludere, quamvis causas ipsa nesciat.

Ad quaesitum "niente prole?" respondet: "Ho ascoltato il contenuto di questa domanda e ribadisco che esso è assolutamente falso, in particolare perché il M. non mi ha mai detto che non avrebbe voluto un figlio da me" (84/12). His verbiis conventa medico familiae adloquitur, et probatione ex circumstantiis matrimonialibus deducta expletur. Nam est ipsa conventa in scriptis hoc confimat (cf *Declaratio conventae, in scriptis data, et ab eiusdem patrono ex officiol.die* 13 *novembris 2002, Cancellariae N.A.T. exhibita,* p. 3/9). Quam ob rem cum fortuito praegnantia apparuit, actor abortum procurare cupiebat, conventa, autem, illum recusare consecuta est.

b) Alterum iudiciale examen conventae factum fuit die 27 martii 1999, quae rogata memorat: "Anche dopo l'aborto i rapporti intimi continuarono con le stesse modalità precedenti, *cautelati col coito interrotto.* Questo comportamento intimo non ha impedito comunque che io uscissi incinta una seconda volta" (117/6). Imo ex modo agendi actoris, qui omnino acquiebit methodo a conventa non impedita, et cum eodem plene cooperata est, vim conditionis praenuptialis exsistentia acquirit.

c) Conventa, die 14 decembris 2000, adserit: "anche durante la nostra convivenza pre-matrimoniale, che io accettai per accudire le sue bambine … Durante tale convivenza pre-matrimoniale avevamo intimità e" *la prole veniva evitata con l'interruzione del coito sessuale* e" non con l'uso dei contraccettivi. Io non li conosco neppure … " (183/3). Si hoc fecit actor tempore ante nuptias et, ipso instante, etiam non intennisit post matrimonii canonicici celebrationem, melius denuntiat modum concipiendi vitam coniugalem, unde propositum antenuptiale contra prolem profectum est.

19. - Testes, qui a conventa inducti sunt, nullam referre valent expressam adseverationem actoris circa prolem ante nuptias. Ipsi tamen nos edocent utramque partem, per convictum conubialem, certo prolem exoptavisse. Res ita sehabet:

a) Conventae soror, I., die 23 februarii a. 1999, adserit: "Mia sorella e mio cognato volevano avere due figli, ricordo a questo proposito un episodio: mia sorella fece delle pulizie in casa e trovò due vestitini per neonati. Lei stava mettendoli via ma il marito la invitò a conservarli perché potevano servire. Mai mia sorella né lui hanno fatto uso di contraccettivi" (105/12). Ratio parvae vestis a sorore conventae allata validis agumentis non probat . coniuges duos filios gignere voiuisse, eo vel magis quod actor in filiarum commodum et utilitatem conventam sibi uxorem sumpserat. Unice corpore frui sponsae appetebat.

Sed testis ad aliam interrogationem respondet: "Quindi si può affermare che la famiglia di N. si è servita di mia sorella semplicemente per superare quel momento difficile per accudire le bambine piccole" (105/14-15). Haec testis adsertio melius rerum veritati congruere videtur.

b) I., conventae frater, die 23 februarii 1999, hanc deductionem fecit: "I due volevano avere figli tanto è vero che ci fu prima un aborto avvenuto in maniera spontanea e poi nacque G. che bene ben accolto da N. il quale si precipitò a dare la notizia al padre, fece tutto ciò che fa un padre quando nasce un figlio maschio; già per lui pronosticava un futuro nella vita militare" (108/12-13). Testis omnino ignorat medici familiae depositionem super re, quae refert conflictiones inter partes exstitisse, quoniam. actor prorsus·prolem exludebat, sed frater conventae semper contra actorem militat. Nam altera exorta graviditate, actor, postquam uxorem frustra ad abortum incitaverat, tunc filii paternitatem non accepit, et, deinde intellexit, filium existimavit.

c) P., uxor fratris conventae, die 23 februarii 1999, deponit: "La coppia aveva intenzione di avere figli dal loro matrimonio. Mia cognata prima ebbe un aborto spontaneo e poi a distanza di qualche mese rimase incinta una seconda volta di G.. N. fu molto ·contento quando seppe che era maschietto cominciando a fare progetti su di lui in particolare avrebbe voluto mandarlo alla N. a Napoli … " (113/12-13). Hic actoris modus agendi post filii diem natalem ali cui admirationem movere non debet, quia cum ipse intellexit se vitare non posse filii ortum "lo ha considerato sempre un proprio figlio"; praecipue humnae naturae pudore atque officio Conventae omnes testes consanguinei probant actorem voluisse prolem ex eo quod ipsa inter convictum coniugalem bis gravidata est. Immo ipsi testes animadvertunt, quando in Iucem venit parvus I., utramque contentam fuisse.

Quapropter, ex his vadimoniis contenditur pIene iuxta normam fuisse intentionem partium circa prolem, seu nullam adfuisse prolis exlusionem ex parte actoris, ita ut graviditates considerandae essent intra consilium proli benevolum et non tamquam merus casus, qui contra actoris voluntatem acciderant. At si causae acta insimul perpendantur, plane probatur aètorem ante nuptias et in vita coniugali voluisse conventae ius ad prolem in perpetuum denegare.

Ast exsistentia prolis, ut manifesto est, praesumptionem inducit de normali traditione et acceptatione iuris in corpus. Sed haec praesumptio, uti praefati sumus in iure, nullitatem consensus ob defectum intentionis prolis ex parte actoris non excludit, quoniam ex causae actis constat prolem prolem occasionaliter genitam non fuissse effectum voluntatis actoris nisi per accidens, et confirmatur a medico familiae et a conventa, nam actor vix ac compertum habuit uxorem esse praegnantem, statim sollicitum de abortu procurando se praebuit.

20. - Attamen, si verum dicere volumus, ipsa conventa in novissimo vadimonio

diei 14 decembris 2000 saltem admittit perdurantibus primis tribus annis convictus coniugalis, dum ipsa patefaciebat propriam intentionem de prole procreanda, actorem obstitisse huiusmodi voluntati per usum coitus interrupti: "lo confermo quanto affermai in primo grado, che cioè dopo tre anni di convivenza coniugale durante i quali io insistevo ad avere un figlio mio e lui invece si rifiutava usando il coito interrotto" (1.84/6). Haec circumstantia, quae tempus post nuptias respicit, thesin actoris luculenter comprobat.

In prioribus, autem, vadimoniis conventa, die 27 octobris 1998, non declaraverat aperte de opposita intentione partium quoad prolem re procreandam iam primis annis convictus coniugalis, sed tantum dixerat de actoris recursu ne constanti quidem ad coitum interruptum: "Inizialmente le intimità avvenivano in modo da impedire concepimenti per volontà di lui. Ma non sempre. Io non ho mai accettato questo modo di comportarsi del M. nelle intimità" (84/16). Etenim, post primos tres annos convictus coniugalis, iuxta conventae declarationem diei 22 martii 1999, actor iam se contrarium haud praebebat proli re procreandae, quamvis suo lubitu ali quando actus coniugales omnino iuxta normam perficeret et aliquando, adhuc recurreret ad coitum interruptum: "I rapporti intimi intercorsi tra noi non sempre erano cautelati e aperti alla procreazione, tanto è vero che io sono rimasta incinta una prima volta e lui rimase sorpresso di questo evento" (116/3). Actor, tamen, ob uxoris graviditatem deprehensus et obstupefactus erat, quoniam semper coito interrupto usus est.

Iam vero primum congruentius cum iis quae actor declaraverat (159/3), potius quam cum iis quae conventa antea adseruerat, ipsa haec animadvertit de viri reactione quoad priorem graviditatem et abortum: a) quoad primam graviditatem: "Lui rimase sorpreso di questo evento [i.e.: della gravidanza]" (116/3); b) quoad abortum: "Il M. non si dispiacque affatto dell'aborto da me subito" .(116/5). Cum fortuito praegantia apparuit, spontaneus abortus non actori displicuit.

Pariter in memoriali libello, quem conventa scripsit post sententiam secundi gradus, ipsa etiam de altera graviditate animadvertit: "Lui mi ha portato dalla dottoressa C. ma non per farmi visitare *bensi per fare l'impegnativa abortire presso una struttura pubblica.* Io mi rifiutai" (Add. S. 30/9) . Haec omnia confirmat actoris declaratio iudicialis, de qua diximus supra n. 18, quoniam ille abortum quotiescumque provocare optabat (160/3).

Iuxta conventam, vero, eiusque testes obiectivae seu rerum probationes contra thesin de positiva exclusione prolis ex parte actoris et radicitus habentur:

a) sive ex eo quod ipse actor haud diligens fuit in adhibendis cautionibus reapse idoneis contra periculum graviditatis in actis coniugalibus explendis, quarnvis in memorato libello memoriali, scripto a conventa post sententiam Tribunalis Appellationis, ipsa animadverteret in utroque casu: "secondo il suo metodo in quel periodo io non dovevo essere fertile … L'attore non sapeva fare i conti" (Add. S. 29/6; 30/9). Ast in promptu est responsio ex parte actoris, qui aliis mediis anticonceptionalibus ob conventae oppositionem uti non poterat.

b) sive quia de facto ipsa bis gravidata est et quidem intra tempus potius breve, nam ex actis clinicis exhibitis ab ipsa conventa constat abortum primae graviditatis locum habuisse anno 1991, id est "alla fine del 2° mese" (128), et alteram graviditatem incepisse circiter mense novembri a. 1992 (128). Actor, tamen, abortum alterius graviditatis perpetrare proposuit.

c) sive quoniam actor se contentum patefecit quando certior factus est de sexu masculino nascituri et propter huius filioli nativitatem. Attamen, prae oculis habenda est aperta et simplex actoris voluntas, quae impedivit quominus filius ortus esset.

Forsitan, saltem ex novissimo conventae vadimonio, thesis innui posset iuxta quam actor, de facto, inde ab initio convictus coniugalis contrarium se praebuit proli procreandae, quae intentio ideo dialectice aderat iam nuptiarum tempore, dum aliquibus annis post nuptias celebratas excessit ipse hanc intentionem de prole vitanda, quia secus conventa oppositionem faciebat et commercium babere cum actore abnuerat. Qua de re mutatio intentionis ex parte actoris, si revera advenit, non infirmat, tamen, intentionem qua actor reapse ad matrimonium contrahendum devenerat, si re ipsa tunc ipse prolem omnino renuerat. Contra banc conventae thesin, autem, dimicant actor eiusque testes, qui contendunt virum numquam contra prolem procreandam intentionem mutavisse.

21. - Redeundum est ideo ad praecipuam quaestionem de partium credibilitate, de qua diximus initio huius sententiae. Cum, enim, desint iudicia certa alicuius testis, qui reapse sit *super partes,* si in praesenti officium medici familiaris praetermitimus, fortasse inspicienda sunt indicia, quae quamvis decretoria non sint, aliquid pro alterutra parte innuere possunt. Nam Summus Pontifex, Pius PP. XII, v.m. Nos edocet: "Talvolta la certezza morale non risulta se non di una quantità di indizi e di prove, che, presi singolarmente, non valgono a fondare una vera certezza, e soltanto nel loro insieme non lasciano più sorgere per un uomo di sano giudizio alcun ragionevole dubbio. Per tal modo non si compie in nessuna· guisa un passaggio della probabilità alla certezza con una semplice somma di probabilità … ma si tratta del riconoscimento che la simultanea presenza di tutti questi singoli indizi e prove può avere un sufficiente fondamento soltanto nell'esistenza di una comune sorgente o base, della quale derivano: cioè nella obbiettiva verità e realtà" *(Allocutio diei* 1 *ottobris* 1942 *ad Praelatos Auditores Tribunalis S.R. Rotae,* AAS 34 [1942] 340, n. 2).

Itaque, enim:

a) Iuxta ipsos actoris testes, difficultates inter coniuges ortae sunt non initio convictns coniugalis, sed quando mulier insistere coepit ad prolem procreandam. Quod iuxta ipsarum partium declarationes evenit circiter tribus annis post nuptias celebratas. Ideo fortasse ex hac circumstantia per ambages innuitur conventam, ineunte convictu coniugali, recte munere matris perfunctam esse erga filiolas actoris. Qua re aequo animo haud vera essent quae actor praesertim coram civilibus Magistratibus et etiam coram Iudicibus ecclesiasticis scripsit ac declaravit de conventae incapacitate perfungendi matemis officiis erga filiolum. ltaque saltem de hac circumstantia, credibili or est pars conventa, dum extenuatur vis argumentationum, quibus actor coram Iudice ecclesiastico explanare conatus est cur, non ·obstante propria perseverantia in prole excludenda, instantias porrexerat coram Civili Auctoritate ab obtinendam custodiam filioli, qui natus ex hoc matrimonio erat? Ast, haec praesumptio contrariam adrnittit probationem. Nam demonstratum est unicam prolem natam: occasionaliter seu per accidens genitam fuisse, atque post abortus detractionem actor hominum more in se puerulum recipere vult.

b) Sicut diligenter animadvertit Rev.mus vinculi Defensor N. A. T. nullum indicium praebetur alicuius praenuptialis inter partes conventionìs de prole non procreanda: in documentis exhibitis coram civilibus Auctoritatibus oppidi parvuli Larinensis (cf. 34-35; 39, 44; 120). Sed neganda non est per totum tempus coniugaIis vitae dissensio inter partes, quoniam prolem a conventa sollicitatam mordicus ab actore denegata fuit, et ipse, fortuita et invisa praegantia detecta, reactionem manifestavit et abortum vindicavit, et nec ortus infantis rerum statum erga conventam mutavit, quia actor firmum propositum in perpetuum excludendi prolis generationem gereabat, dum verba consensum exprimentia ipse proferebat, Etenim:

1) In documento exhibito coram CiviIibus Auctoritatibus ab actore, die 30 octobris 1997, ad demandandum filium curae paternae (cf 33-42), non deest menti o de dissensione post nuptias inter partes ortas ob prolem re procreandam:

"Senonché, dopo il matrimonio si rivelò scostante e niente affatto all'altezza della situazione … alla disperata ricerca della figura materna … pensò che fosse necessario procreare un figlio proprio. Il M. invece era esattamente di parere opposto, temendo che la nascita di un altro figlio, la moglie trascurasse ancora di più le due povere bimbe. Ma la S. si mostrò ostinata ed irremovibile, recattando il marito, in ogni modo, finanché col negarli il rapporto sessuale, se non fosse finalizzato unicamente alla procreazione. Il giorno 11.8. 1993, nacque G. I timori e le perplessità nutrite dal M. si dimostrarono pienamente fondate" (34-35). Quae cum ita sint, ostendituractoris voluntas contra prolis geneartionem. Praeterea legitur: "La S. rincara la dose laddove rinfaccia al M. di non avere voluto la nascita del figlio, che perciò non sarebbe .servita a cambiare la situazione, peggiorata – a suo dire – per l'atteggiamento delle due bambine, le quali l'avrebero ignorata fisicamente" (39). Haec verba confirmant causas recusationis prolis ex parte actoris. Hoc loco etiam clara indicia de prole excludenda habentur.

2) In documento exhibito a conventa coram Civilibus Auctoritatibus (cf 43-46) indicium pervicatiae actoris non procreandae prolem praebetur: "La posizione iniziale di inferiorità della ricorrente ha caratterizzato tutta la vita coniugale. La sua permanenza all'interno del nucleo era tollerata perché indispensabile, senza essere stata mai amata dal marito; la nascita, non voluta dal padre, del figlio G., non è servita a cambiare la situazione" (44). Quae omnia probant actorem ius ad prolem in perpetuum exclusisse, ne livores et aemulationes inter conventam et filias ex primo matrimonio natas gignerentur. At contendit etiam conventa maritum numquam eandem dilexisse.

Sane, maximi momenti pro thesi actoris, prima specie, haberi potest in vulgo dieta *Audiocasseta,* quae refert quasdam conventae declarationes diei 10 iunii 1998 ac depositiones eiusdem sororis E. diei 31 martii 1999. En transcriptio: "Quante volte mi hai negato la maternità, mi hai portato di fronte alla dottoressa C. medico di famiglia, dicendo la signora deve abortire e che ti ha detto la dottoressa? Tu stai zitto, perché deve dedidere la' signora. Io ho perso il primo bambino e non mi hai dato il conforto, perché lui ha detto *figli non ne hai,* ma io mi sono improstrata davanti al Signore; lo dico con l'anima … non l'hai voluto. Mi hai negato la maternità dal primo giorno che ci siamo sposati. Mi hai sempre detto che figli non ne volevi; e quando è arrivato G. mi hai sempre detto che il figlio non era il suo e voleva fare l' esame del *dna* doveva fare tutto. Ero all'ottavo mese; non ha avuto mai una carezza, una, dolcezza per dire A. qesto frutto è nostro: niente. Non c'è l'ho fatta più; all'ottavo mese ho avuto minacce d'aborto, dopo aver fatto tutto, lui è presente, e non ha detto Anna sei in quelle condizioni, avevo 41 anni, ho dovuto sempre adempiere a tutta la festa della prima comunione cucendo per me, per la bambina e per tutti. Il giorno dopo mi ha ricoverata ecc. ecc." (163-164). Conventa his verbis explanate confinnat actoris thesin prolem excludendi. Actor, enim, uxori conventae proposuit ut abortum procuraret, atque quoniam hunc facere conventa noluit tunc post infantis ortum ipse filium suum non esse adseruit.

His in adiunctis, dicendum est actorem iam a tempore praestationis consensus matrimonialis saltem positivam intentionem habuisse prolem excludendi in suo matrimonio. Immo quando conventa se gravidam esse dixit coram actore, ipse respondit primum efficere ut abortum faceret, deinde se minime certum esse de culpa in adserta praegnantia propter cautiones adhibitas, et ideo ex bis verbis idem uxorem valde offendit.

Quamvis explicitis verbis sic dieta *audicasetta* recogniita non sit a conventa et ab eius sorore, tamen saltem implicite admissa est a conventa in suo memoriali libello, qui ab ipsa scriptus est post sententiam Tribunalis Appellationis, licet in eodem nihil innuatur de quadam pactione praenuptiali de prole excludenda, vel saltem de iam patefacta ab actore tempore praenuptiali intentione de excl udenda prole in proximo matrimonio (cf Add. S. 30-31/11).

Attamen, si res diligentius pensitatur, animadvertendum est re iterum agi de dissensionibus inter partes ortas extemplo post matrimonium celebratum ob intentionem actoris prolis procreationi contrariam, comprobatani etiam a parte conventa in hac causa reticenti, atque, uti vidimus, a testibus ex scientia directa et praenuptiali tempore confirtatam.

22. - Testium cognitio si desit de pactione, facta, tamen, quae loquentiora sunt quam verba, confirmant actoris repugnantiam adversus novam prolem in matrimonio procreandam .

Actor, vero, in instantia pro filii custodia obtinenda, de apposita conditione prolem non procreandi mihil dicit, sed loquitur de suscipiendo onere a conventa erga filias, quas maxima cum deditione adamaret. Quandoquidem ille futurae uxoris incuriam erga filias conspexit et ideo post canonicas nuptias omnino instàntiis uxoris ad filios procreandos contrarius fuit ne duas puellas omnino neglegeret.

Tali actoris modo agendi et loquendi, si simul eius indoles et mentis forma perpendantur, plane probatur eundem, in nova vita coniugali ineunda, voluisse omnia in se rapere sibique sumere ac comparti conventae ius ad prolem ex foedere matrimoniali ortum denegando.

Evanescit contradictio ut idque in civili sede advocati scripserunt, duro actor sibi semper constans instat super pactionem conventae impositam atque ab eadem non observatam, uti innuimus, ob naturale maternitatis optatum.

Contra actoris suam obiectionem ponit diligens vinculi Defensor N. A.

Tribunalis ita arguens: "Rebus sic stantibus, iuxta secundi gradus Iudices videtur primos egisse magna cum negligentia; unicum in veritate positum videtur fuisse virum actorem; iuxta semper appellatos Iudices mulierem conventam videtur pessimos mores *coluisse"·(Animadversiones,* p. 13, n. Il).

Sed strenuus Defensor vinculi videtur oblivisci de conventae condicione pessimisque moribus, in casu, non agi, sed potius de intentione ac voluntate actoris momento praestationis consensus matrimonialis, qui noscebat quidem matrimoniale foedus indole sua naturali ad procreationem prolis ordinatum esse, ac simul putabat se prolem excludere in suo matrimonio ob gravem perpetuoque duraturam rationem, id est ne parvulae filiae ortu fratris ex eodem patre nati in perpetuum detrimentum ex parte novercae paterentur.

Utcumque in altera instantia actoris testes non desunt, qui de prima et altera conditione loquuntur quique actoris thesin depositionibus claris, linearibus, diligentibus atque credibilibus confirmaverunt.

Admisso praeterea vel praetermisso conventae legitimo optatu, nostra heic interest quaenam actoris intentio voluntasque tempore initi matrimonii fuerit. Ast ex actis et probatis constat actorem omnino novae suscipiendae proli contrarium fuisse, seu ius ad prolem conventae non agnovisse semperque eidem denegavisse, quia timebat ne conventa filiabus actoris plane traderetur.

Dubitari, enim, non potest quin actor, in contrahendo, voluntatem habuerit excludendae prolis, et in tali proposito per totam vitam coniugalem perstiterit. Nam tabulae sunt perspicuae neque depositionibus contrariis latis a testibus conventae

sanguine coniunctis, solido non sufultis fundamento, infirmantur.

Agitur de exclusione ipsius iuris et non de mera prolis exclusione in actore, quandoquidem, attento ipsius ardenti amore erga duas filias ex primo matrimonio natas numquam fuisset matrimonium contracturus cum obligatione actuum coniugalium, ex quibus damnum grave invidiae atque sollicitudini et suspicioni pertimiscebat. Quod verbis et factis, uti vidimus, actor per totam coniugalem vitam amplissimis probavit.

Nec obiiciendum est actorem procreavisse binam prolem ex secunda uxore, id est conventa, cum hinc haec altera proles contra actoris voluntatem nata est, uti ex supra relatis clare atque evidenter patet. Insuper hinc et illinc actor semper omnia fecit, in quantum in sua erat potestate, ne coniugalis copula fecunda fieret Conditiones ab actore conventae propositae, scilicet abortus excitatio paternitatisque negatio, explanate absolutam perpetuamque illius voluntatem in procreationem adversam ostendunt.

Ob validas, enim, probationes adductas, nostro in casu, consensus nullitas ex parte actoris declaranda est, quia qui matrimonium absque intentione prolis agit, verum matrimonium non facit

23. - Quibus omnibus tam in iure quam in facto rite perpensis ac diligenter consideratis, Nos subscripti Auditores de turno sententiamus:

AFFIRMATIVE, SEU CONSTARE DE MATRIMONII NULLITATE, IN CASU, OB EXCLUSUM BONUM PROLIS EX PARTE VIRI, VETITO, AUTEM, VIRO TRANSITU AD ALIAS NUPTIAS NISI SERIO PROMITRAT SE MATRIMONIUM RECTE CONFRACTURUM. *(Omissis)*

L'esclusione del bonum prolis *e la nullità matrimoniale in presenza di figli.*

Brevi riflessioni alla luce della sentenza coram Lopez-Illana *del 16 giugno 2004*

Alessio Sarais

1. *Qualche premessa generale sul* bonum prolis

Secondo la previsione del can. 1055 CIC, il matrimonio è ordinato al bene dei coniugi ed alla generazione ed educazione della prole[1]. E ciò, specifica la norma, *indole sua naturali*, per la sua stessa consistenza ed essenza, secondo quanto deriva dall'ordine naturale delle cose, immutabile nel tempo, che il legislatore canonico non può che recepire. Il *consortium totius vitae* che scaturisce dal patto nuziale, elevato tra i battezzati alla dignità di sacramento, è naturalmente e necessariamente ordinato *ad prolis generationem et educationem*: non c'è vero matrimonio cristiano se la coppia non è aperta al dono dei figli, al quale il matrimonio è teso.

Già San Tommaso d'Aquino definisce felicemente l'uomo *animal naturaliter coniugale*, per significare come il matrimonio, così come proposto dalla Chiesa, corrisponde ad una innata e naturale aspirazione della persona umana[2]. In questo senso va correttamente considerato anche l'aspetto procreativo come naturale desiderio dell'uomo di lasciare una posterità e di avere una discendenza che possa perpetuarne il nome. Nella prole infatti si specchia concretamente la relazione coniugale dei genitori: i figli sono in qualche modo come la rappresentazione incarnata dell'unione e dell'amore coniugale, sono una testimonianza che dura nel tempo dell'amore dei genitori ed il frutto del loro matrimonio[3].

Per questo, tra i *tria bona matrimonii* agostiniani, oltre al *bonum fidei* e al *bonum sacramenti*, viene giustamente ricondotto anche il *bonum prolis*. Il contenuto concreto del *bonum prolis* viene poi identificato nella *procreativitas*, cioè la disposizione ad avere figli da parte della coppia, la volontà di apertura dei coniugi alla generazione della vita.

---

[1] Cfr. Const. *Gaudium et spes*, 7 dicembre 1965, n. 50: "Matrimonium et amor coniugali indole sua ad prolem procreandam et educandam ordinatur". Cfr. anche nn. 1601 e 1652, *Catechismus Catholicae Ecclesiae*.

[2] Thomas Aquinas, *Summa Thologiae*, Suppl., q. 41, 1. Cfr. Anche n. 1603 CCE, ove si legge come "la vocazione al matrimonio è iscritta nella natura stessa dell'uomo e della donna, quali sono usciti dalla mano del Creatore. Il matrimonio non è un'istituzione puramente umana"

[3] Cfr. Const. *Gaudium et spes*, n. 48: "Indole autem sua naturali, ipsum institutum matrimonii amorque coniugalis ad procreationem et educationem prolis ordinatur iisque veluti suo fastigio coronantur".

Secondo la concezione della Chiesa, il matrimonio è per natura aperto alla fecondità[4] per cui gli sposi reciprocamente sono chiamati *ad actus coniugales ponendos qui per se ad procreationem ordinantur*. Tuttavia l'effettiva procreazione non è una delle proprietà del matrimonio, ma solo uno dei suoi fini, ed – eventualmente – dei suoi effetti: pertanto un matrimonio cristiano può essere perfettamente valido anche in mancanza di figli[5], sempre che la prole non sia stata effettivamente e volontariamente esclusa. Questa impostazione concettuale porta a comprendere come non esista propriamente un "diritto ai figli" da parte della coppia, dal momento che – nella visione cristiana – i figli sono sempre un dono di Dio[6].

Quando dunque si parla di *bonum prolis* non ci riferisce al fatto concreto di avere o meno generato dei figli, quanto piuttosto *de iure commutando inter partes ad actus per se aptos ad prolis generatione*. A questo proposito, come noto, il can. 1061 CIC definisce proprio il matrimonio rato e consumato *si coniuges inter se humano modo posuerunt coniugalem actum per se aptum ad prolis generationem, ad quem natura sua ordinatur matrimonium, et quo coniuges fiunt una caro*. La disposizione canonica ribadisce ancora una volta come il vero matrimonio sia necessariamente aperto all'atto di congiungimento fisico, idoneo in sè alla generazione della prole e posto in essere *humano modo*: proprio questo aspetto rende concretamente gli sposi una sola carne[7].

Lo stesso principio è ripreso costantemente dal Magistero pontificio. Giovanni Paolo II parla del matrimonio come fondamento della comunità familiare, destinato alla generazione della prole: "Secundum Dei propositum est matrimonium fundamentum maioris communitas familiae, quoniam ipsum matrimonii institutum atque coniugalis amor *destinatur ad prolis procreationem et educationem*, in quibus consummantur"[8].

2. *Esclusione del* bonum prolis *e nullità matrimoniale*

Qualora una delle parti o entrambe, al momento della manifestazione del consenso coniugale, escludano, *positivo voluntatis actu*, l'aspetto procreativo, si ritiene che il matrimonio così contratto sia nullo per simulazione parziale e

[4] Cfr. n. 1643 CCE secondo cui "amor coniugalis… patet fecunditati". E ancora n. 2366 CCE: "Fecunditas quoddam est donum, *quidam matrimonii finis*, quia amor coniugalis naturaliter ad id tendit ut fecundus sit".

[5] Cfr. can. 1084, §. 3, CIC.

[6] Cfr. n. 2378 CCE: "Filius non est quid *debitum*, sed *donum*. «Donum [...] praestantissimum [...] matrimonii» est persona humana. Filius nequit considerari quasi proprietatis obiectum, ad quod induceret agnoscere ambitum «ius ad filium». In hoc campo, solummodo filius vera possidet iura: illud «ad exsistendum tamquam fructus proveniens ex actu coniugalis amoris proprio suorum parentum, idemque ius habet ad observantiam sibi tamquam personae tribuendam inde a momento conceptionis»"; le citazioni ivi contenute sono di Congregatio pro Doctrina Fidei, Instr. *Donum vitae*, 22 febbraio 1987, n. 2, 8, in *AAS* 80 (1988), p. 70-102.

[7] Cfr. *Mt*., 19, 5.

[8] Joannes Paulus II, Adh. ap. *Familiaris consortio*, 22 novembre 1981, n. 14, in *AAS* 74 (1982), p. 81-191.

la relativa invalidità possa quindi essere dichiarata dal giudice ecclesiastico. Il ragionamento sotteso è canonizzato al can. 1101, §. 2, CIC, dal momento che in questo caso le parti pongono in essere all'esterno una celebrazione nuziale, ma al contempo escludono un elemento essenziale del matrimonio, quale è certamente il *bonum prolis*, e contraggono quindi invalidamente[9].

Ai fini della dichiarazione di nullità quindi, come accennato, non rileva in sé l'assenza in concreto di figli. Come in tutti i casi di simulazione, è richiesto invece un *positivo atto di volontà di esclusione*: non è sufficiente non volere o non considerare la questione, ma serve invece volere espressamente escludere dal rapporto che si instaura l'aspetto procreativo. Secondo l'insegnamento costante della giurisprudenza rotale, occorre un atto escludente deliberato e voluto, esplicito o anche implicito, attuale o anche virtuale, tale comunque da sottrarre al matrimonio – nella mente di chi lo pone in essere – l'elemento determinante della prole.

In questo senso si suole distinguere l'esclusione dello *ius ad actus coniugales*, rispetto al diniego dell'*exercitium* dello stesso diritto e si ritiene che abbia forza irritante solo l'atto di volontà che esclude il primo aspetto, non invece l'esclusione del secondo. Come pure si ritiene che una volontà di esclusione solo temporanea della prole – che può essere determinata in concreto da svariati fattori – non sia di per sé sufficiente ad invalidare il consenso matrimoniale: la procrastinazione dei figli in attesa di migliori condizioni economiche, di maggior stabilità professionale, di una casa ove abitare, solo per fare qualche esempio, non rende nullo il matrimonio per simulazione parziale, in quanto la volontà *ad prolem excludendam* tale da viziare il consenso del nubente si richiede che sia definitiva e non solo *ad tempus*.

Per accusare di nullità un matrimonio per esclusione del *bonum prolis* – secondo quanto previsto in generale nei casi di simulazione – in ambito probatorio giudiziale si tratterà di fornire elementi idonei a dimostrare adeguatamente la volontà di una o di entrambe le parti, tale da escludere questo essenziale elemento del matrimonio. Già era conosciuto nel diritto romano il noto brocardo per cui *onus probandi incumbit eo qui dicit*[10]: è dunque la parte che agisce in giudizio a dover vincere la presunzione del can. 1060 CIC, in virtù della quale *matrimonium gaudet favor iuris*. In applicazione di detta regola, nel caso della simulazione e dell'esclusione del *bonum prolis*, si tratta di vincere anche la specifica presunzione del can. 1101, §. 1, CIC per cui il consenso interno dell'animo si presume conforme alle parole o ai segni adoperati nella celebrazione del matrimonio.

Nelle cause di simulazione è quindi richiesto per dare una pronuncia di nullità matrimoniale un particolare rigore probatorio, dovendosi dimostrare una discrepanza tra la reale volontà interna del soggetto e la sua manifestazione esterna. Si comprende quindi la difficoltà di venire a conoscere l'intenzionalità dell'animo interna del contraente. Tradizionalmente, la giurisprudenza rotale fa riferimento a tre elementi per valutare la prova della simulazione:

---

[9] Come noto, il can. 1101, §. 2, CIC prevede come causa di invalidità sia l'ipotesi di simulazione totale (viene escluso *in toto* il matrimonio stesso), sia quella di simulazione parziale (quando viene escluso un elemento essenziale o una proprietà essenziale del matrimonio): nel caso della prole si tratta di esclusione di un elemento essenziale, essendo invece le proprietà essenziali del matrimonio l'unità e l'indissolubilità (cfr. can. 1056 CIC).

[10] Cfr. anche can. 1526, §. 1, CIC.

a) la confessione del presunto simulante, resa in giudizio o ancor meglio in forma extragiudiziale, in tempo non sospetto; la confessione tuttavia da sola non basta a provare la simulazione, sebbene rivesta un notevole valore istruttorio, essendo il solo simulante a sapere quale fosse la sua reale intenzione al momento della manifestazione del consenso nuziale;

b) la presenza di una adeguata *causa simulandi*, che sia grave e proporzionata, distinta e prevalente rispetto alla *causa contrahendi*, valutando l'adeguatezza sia in termini oggettivi che in termini soggettivi;

c) l'insieme delle circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti al matrimonio che possono illuminarne aspetti peculiari e dimostrare la presenza della volontà simulatoria.

3. *Esclusione del* bonum prolis *e concepimento della prole: questione di fatto e questione di diritto*

Come accennato, il fatto concreto del concepimento e della generazione della prole è un *accidente* (in senso aristotelico) del matrimonio, mentre rientra nella sua *sostanza* la volontà di avere dei figli, tanto che una determinazione in senso contrario, presente al momento della celebrazione, è tale da essere così radicalmente incompatibile con l'essenza delle nozze cristiane da renderle nulle. Sotto l'aspetto giuridico della valida costituzione del vincolo tra gli sposi, un matrimonio senza prole non rappresenta un *minus* rispetto alle nozze coronate dai figli: ciò che invece rientra nella sostanza nuziale ed è determinante per la validità del matrimonio è il reciproco dono delle persone degli sposi che, nella sua dimensione totale, non può escludere gli atti naturali ordinati alla generazione della vita[11].

Il fatto concreto della nascita di figli è quindi cosa diversa dalla questione giuridica circa la presenza (o l'esclusione) del *bonum prolis* nei nubendi al momento della celebrazione matrimoniale. Per questo ben ci possono essere da un lato nozze pienamente valide in assenza di figli, mentre per converso si può riscontrare la nullità del matrimonio per esclusione della *procreativitas* anche in presenza di figli nati dalla coppia.

Per la prima fattispecie c'è un riferimento normativo nel can. 1084, §. 3, CIC, secondo cui la sterilità non proibisce né dirime il matrimonio: pertanto anche una coppia senza figli (si pensi ad esempio anche ad un matrimonio tra persone in età non più fertile) ha contratto validamente il vincolo nuziale sacramentale, se non abbia escluso deliberatamente la prole.

Nel secondo caso invece si possono presentare una varietà di situazioni. Le più semplici sono certamente quelle in cui i figli siano nati prima della celebrazione delle nozze: la prole generata anteriormente al matrimonio non esclude infatti la possibilità che il sacramento sia stato simulato con la volontà di non volere altri figli per il futuro, per quel rapporto che nasceva e si costituiva dal momento della manifestazione del consenso nuziale.

Ci sono poi altre situazioni in cui anche la nascita di figli in costanza di ma-

[11] Cfr. ancora Instr. *Donum vitae*, cit.: "Matrimonium tamen minime coniugibus ius confert ad filium habendum, sed ius dat dumtaxat ad actus naturales ponendos, qui per se ad procreationem ordinatur".

trimonio di per sé non è incompatibile con l'esclusione della prole. Un caso di questo genere può presentarsi quando una donna con atto positivo di volontà rifiuta i figli, ma viene fatta vittima di violenza da parte dell'uomo, rimanendo così incinta: sembra evidente che qui manca del tutto quell'*humano modo* richiesto dal can. 1061 CIC ai fini di una valida e consapevole consumazione dell'atto coniugale. Può poi accadere che la parte, che pure aveva escluso la prole, si trovi raggirata dall'altra parte che invece vuole un figlio: si pensi ad esempio ai casi in cui un coniuge assicura l'altro sull'uso di anticoncezionali che in realtà non usa e da un atto sessuale compiuto con queste modalità venga poi ad essere concepito un figlio.

La questione si sposta allora tutta sul piano probatorio: la presenza di figli è un indice, una presunzione dell'apertura della coppia alla *procreativitas* e quindi alla non esclusione del *bonum prolis* da parte dei coniugi che quei figli hanno avuto dal matrimonio. Ma si tratta di una presunzione relativa, che può dunque esser contrastata e vinta da adeguate prove in contrario: se dunque una parte, sebbene con figli, è in grado di dimostrare – fino a condurre i giudici ad un'adeguata certezza morale sul punto – un atto positivo di volontà *contra bonum prolis* ed il rifiuto verso atti coniugali aperti alla procreazione, la presenza di figli non sarà un ostacolo alla dichiarazione di nullità matrimoniale. Certo in questo caso le prove da portare dovranno essere particolarmente rigorose, dal momento che, in termini giudiziari, come noto *quod non in actis non est in mundo*: la prole rafforza la presunzione che il consenso dell'animo espresso al momento della celebrazione sia conforme a quanto manifestato all'esterno e che la parte, nel celebrare le nozze, abbia inteso ciò che intende la Chiesa e abbia quindi voluto il matrimonio cristiano nella sua interezza, con l'indefettibile elemento dell'apertura alla procreazione e alla vita.

C'è poi un aspetto che non può essere trascurato: il matrimonio nasce validamente o invalidamente a seconda della reale volontà della parte (e di un suo eventuale atto di esclusione di una proprietà o di un elemento essenziale del matrimonio), come presente al momento della celebrazione nuziale. Va dunque tenuto distinto, in termini giuridici, il momento genetico in cui sorge il vincolo matrimoniale (cd. *matrimonium in fieri*) dal successivo rapporto matrimoniale che ne deriva (cd. *matrimonium in facto*). La nascita di figli propriamente attiene al rapporto matrimoniale e non alla manifestazione del consenso: rileva come presunzione di prova e circostanza volta a illuminare la reale volontà del contraente al tempo della celebrazione, ma si pone giuridicamente su un piano diverso.

A rigore, una parte che contraesse escludendo positivamente e assolutamente la prole e che venisse solo dopo a mutare proposito e ad avere quindi numerosi figli dal matrimonio, avrebbe comunque contratto invalidamente: il problema però in questo caso sarebbe tutto sul piano probatorio, essendo quasi una *probatio diabolica* quella volta a dimostrare, in circostanze del genere, una effettiva volontà contraria al momento della celebrazione[12].

---

[12] La distinzione tra il momento genetico del matrimonio ed il successivo rapporto matrimoniale e la rilevanza del solo primo aspetto nella considerazione della validità del consenso emerge particolarmente nella sentenza del Tribunale ecclesiastico regionale campano di appello del 19 aprile 2001, che tratta in secondo grado del caso della *coram Lopez-Illana* di cui si avrà modo di parlare ampiamente in seguito. Scrivono i giudici campani: "Il matrimonio è nullo non per [quanto avviene

4. *Le posizioni della giurisprudenza rotale*

Sulla questione della possibilità di esclusione del *bonum prolis* anche in presenza di figli nati dal matrimonio non mancano le pronunce della giurisprudenza rotale che hanno chiaramente affermato questo principio, portando particolare attenzione sulla valutazione probatoria di questi difficili casi, valutazione che deve essere idonea a superare e vincere la presunzione, pur sempre relativa, della validità del matrimonio e della volontà della parte conforme a quanto espresso esternamente al momento della celebrazione.

L'ammissibilità di una contestuale presenza di figli e di una volontà contraria alla prole viene fatta discendere direttamente dal principio secondo cui all'essenza del matrimonio si riferisce non la prole in sé, quanto piuttosto quella che viene definita l'*intentio prolis*, la volontà di avere figli e l'apertura alla vita. Come ricordato infatti i figli non attengono direttamente all'essenza del matrimonio, ma ne sono un effetto, che potrebbe in concreto anche mancare: per questo la giurisprudenza, applicando la legge canonica, afferma che la semplice mancanza di figli non rende di per sé irrito il matrimonio[13].

In concreto, il concepimento e la nascita di figli dal matrimonio, a prima vista, sembra escludere nei coniugi una volontà *contra bonum prolis* e quindi una nullità del patto nuziale: in questo caso si ritiene applicabile il noto principio per cui *facta sunt verbis validiora* e i figli nati (o anche solo concepiti) si mostrano quale chiaro sintomo della non volontà di esclusione della prole da parte dei coniugi, eventualmente anche al di là di loro dichiarazioni di segno diverso su questo punto. Si tratta però di un'apparenza, di un principio di prova che può giuridicamente valere in termini di presunzione relativa, in mancanza di prove di segno diverso capaci di dimostrare il contrario e vincere questa apparenza. Non si può infatti escludere a priori che, anche in presenza di figli, una delle parti abbia manifestato una assoluta volontà anticoncezionale ed un figlio sia comunque nato "occasionaliter et per accidens", nonostante ad esempio il costante utilizzo di ogni accortezza per evitare una gravidanza ("et quidem haud obstante pertinaci et vigilanti usu mediorum ad illam [prolem] vitandam": cosi in una *coram Funghini* del 16 aprile 1986, n. 11[14]).

Questa impostazione concettuale di fondo nell'affrontare la questione si riscontra in modo piuttosto costante nella giurisprudenza rotale ed è attestata anche in pronunce più risalenti nel tempo. Una sentenza *coram Palazzini* del 1966 sottolinea anch'essa come l'esistenza della prole nel matrimonio determini una presunzione del reciproco scambio tra i coniugi dello *ius in corpus*, ma allo stesso tempo – posto il principio generale – non manca di rilevare come questa

---

dopo] averlo contratto, ma per aver emesso un consenso svuotato di una sua proprietà o finalità essenziale". In virtù di questa distinzione "un matrimonio che nasce nullo non diventa valido dopo (se l'attore lo rese nullo escludendo la prole dal consenso non lo avrebbe potuto rendere valido con la mutata volontà… di avere un figlio dopo… anni di convivenza coniugale)".

[13] "Omnibus tamen notum est ut constans doctrina et iurisprudentia N. A. Tribunalis profitentur de matrimonii essentia non esse prolem in se ipsa, sed prolis intentionem. Certo proles non est de matrimonii essentia quoad effectum, cum... deficere potest. Nam irritum matrimonium non reddit simplex prolis defectus" (Sent. *coram Lopez-Illana*, 16 giugno 2004, n. 6).

[14] Sent. *coram Funghini*, 16 aprile 1986, n. 11, in *R.R.Dec.* vol. LXXVII, p. 261.

presunzione sia sì difficile da vincere, ma non impossibile, quando si riuscisse a dimostrare che il figlio è stato concepito in maniera del tutto occasionale ("nihilominus impossibile non est evincere eiusmodi praesumptionem, si demostrari quaet... prolem occasionaliter genitam fuisse": sent. *coram Palazzini*, 18 maggio 1966, n. 6[15]) e durante tutto lo svolgimento della vita coniugale ci fosse tra le parti una costante prassi di rapporti non aperti alla generazione ("perdurante tota conviventia coniugali, praxis onanistica, tenaciter servata", *ibid.*). In questa situazioni infatti, secondo i giudici rotali, l'evento della nascita del figlio è del tutto occasionale e si viene a verificare non secondo una effettiva volontà dei coniugi in questo senso, ma quasi per errore e per accidente ("occasionaliter eventus non est effectus voluntatis nisi per accidens", *ibid.*). La stessa sentenza chiarisce un principio importante: ciò che va preso in considerazione per determinare la volontà è ciò che le parti avrebbero voluto che accadesse e per cui si sono adoperate (vale a dire il non avere figli) non invece ciò che accidentalmente è accaduto di fatto con il concepimento di un figlio non voluto ("igitur aptitudinem voluntatis attendi debet ad id, quod per se accidit, non ad id quod per accidens supervenit", *ibid.*). Lo stesso concetto è ripreso in termini similari anche in un'altra decisione di poco successiva ancora *coram Palazzini*[16].

Altre pronunce rotali ribadiscono chiaramente il rapporto tra presunzione di *voluntas prolis* nella presenza dei figli nati dal matrimonio e possibilità di vincere tale presunzione se viene rigorosamente dimostrato il contrario. Si legge in una *coram Bejan* che proprio nel concepimento di un figlio vi è *prima facie* una dimostrazione che, almeno in quell'occasione, i coniugi non hanno escluso la disponibilità all'atto coniugale aperto alla vita (stricte loquendo... qui prolem suscipit, esto contra suam voluntatem, facto ostendit se non semper excluxisse ius in coprus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem... aliis verbis exsistentia prolis praesumptionem inducit normalis traditionis et acceptationis iuris in corpus": sent. *coram Bejan*, 30 marzo 1968, n. 7[17]).

Ma si tratta pur sempre di una *praesumptio hominis* (presunzione relativa) che ammette prova contraria ("haec praesumptio, utpote hominis tantum, contrariam admittit probationem. Impossibile enim non est vincere hanc praesumptionem", *ibid.*), quando si dimostri che la nascita del figlio è appunto un evento del tutto occasionale, un effetto solo accidentale a fronte di una deliberata e costante volontà in senso contrario ("occasionalis iste eventus non est effectus voluntatis nisi per accidens, si ostendatur habitus mentis, inde ab initio servatum, nihil aliud esse nisi repetitionem actuum voluntatis contra prolis generationem", *ibid.*). Qualora si riesca a dimostrare dunque un'effettiva volontà delle parti o di una di esse *contra prolis generationem*, il fatto del concepimento di un figlio non è in sé da solo ostativo alla dichiarazione di nullità matrimoniale.

---

[15] Sent. *coram Palazzini*, 18 maggio 1966, n. 6, in *R.R.Dec.* vol. LVIII, p. 326. La sentenza rileva acutamente anche come, se il rifiuto del *bonum prolis* fosse in sé escluso dalla presenza prole, non avrebbe neppure senso proporre una causa di nullità matrimoniale per questo capo quando ci sono dei figli: "Prima fonte inutilis videtur agere de nullitate matrimonii ex capite exclusionis boni prolis, cum de facto vita coniugali perdurante proles genita est. Sed, si ita esset, libellus ipse litis introductorius a limine reici deberet".

[16] Sent. *coram Palazzini*, 26 aprile 1967, n. 4, in *R.R.Dec.* vol. LIX, p. 234-235.

[17] Sent. *coram Bejan*, 30 marzo 1968, n. 7, in *R.R.Dec.* vol. LX, p. 280.

Infatti, come confermato ancora da una *coram Fagiolo* degli stessi anni, la presunzione relativa che discende dalla nascita della prole ammette prova contraria e può sempre essere vinta ("haec praesumptio... contrariam admittit probationem et vinci potest": sent. *coram Fagiolo*, 14 novembre 1969, n. 7[18]).

La questione della volontà anticoncezionale, degli atti coniugali cautelati e, nonostante ciò, della nascita di un figlio è espressamente trattata anche in una *coram Anné* del 16 luglio 1968[19].

Quest'ultima sentenza aggiunge tuttavia una serie di elementi importanti perchè nel caso di specie il concepimento della prole non avviene in modo "accidentale" e in termini casuali, quanto piuttosto od opera di un raggiro consapevole della donna nei confronti dell'uomo: data questa circostanza, la volontà dell'uomo *contra prolis generationem*, sempre fermamente espressa e mantenuta, non si può presumere venuta meno solo per il fatto della nascita del figlio, conseguenza del comportamento doloso della controparte. Pertanto, nonostante la prole, in questo caso il matrimonio è stato dichiarato nullo *ob exclusum bonum prolis*. Infatti in questa fattispecie la nascita del figlio non smentisce la volontà di una parte *ad prolis excludendam* ("distincte demonstratur prolem, contra asserti simulantis voluntatem procreatam esse, vel mere accidentaliter vel ex opere uxoris virum invitum dolose circumvenienti", *ibid.*, n. 8).

Più di recente, una *coram Bruno* si sofferma sulle circostanze che possono corroborare una volontà *ad prolem excludendam* anche in presenza di figli, indicando esemplificativamente tra esse il costante uso di contraccettivi, la volontà di ricorrere all'aborto a seguito della gravidanza e l'avversione nei confronti dei bambini ("circumstantiae insuper prae et postmatrimoniales pro simulatione militent oportet, velut adversio in pueros, costans usus contraceptivorum inde ab initio vitae communis, et recursus ad abortum terapeuticum, ob inopinatam ac non optatam praegnantiam": sent. *coram Bruno*, 20 luglio 1990[20]).

---

[18] Sent. *coram Fagiolo*, 14 novembre 1969, n. 7, in *R.R.Dec.* vol. LXI, p. 997. L'argomento in questione risulta essere stato approfondito dalla giurisprudenza rotale in modo particolare negli anni Sessanta del secolo scorso. Sul tema c'è stata infatti in quel periodo una importante serie di pronunce: una *coram Pasquazi* del 6 aprile 1962 (in *R.R.Dec.* vol. LIV, p. 126), le due citate *coram Palazzini* rispettivamente del 18 maggio 1966 e del 26 aprile 1967, la ricordata *coram Bejan* del 30 marzo 1968, la *coram Fagiolo* del 14 novembre 1969 citata in questa nota ed anche la *coram Anné* del 16 luglio 1968, di cui alla nota seguente.

[19] Sent. *coram Anné*, 16 luglio 1968, n. 8, in *R.R.Dec.* vol. LX, p. 574-575: "Quid denique sentiendum est de vi intentionis elecitae ab eo qui, ante nuptias, firmiter statuerat nullam prolem generare et, post nuptias, non ostantibus cautelis adhibitis, prolem nihilominus suscepit?". L'impostazione data dai giudici in questo caso inquadra perfettamente il rapporto tra la questione di fatto e quella di diritto. Da un lato la nascita dei figli fa presumere la disponibilità agli atti coniugali aperti alla vita, d'altra parte risulta però in questo caso una ferma volontà anticoncezionale dell'uomo in epoca prenuziale. Il problema trattato dalla sentenza è proprio quello di stabilire se nel caso concreto il concepimento della prole sia in sé elemento sufficiente a dimostrare l'assenza di una volontà *contra prolem*, o se invece questo stesso fatto storico rappresenti un'apparenza che possa essere superata e vinta se la volontà *ad prolem excludendam* risulti comunque adeguatamente suffragata dagli elementi istruttori raccolti: la pronuncia dei giudici accoglie questa seconda impostazione, dal momento che si ritiene dimostrato nel caso in esame che il figlio è stato concepito contro la volontà dell'uomo a seguito di un raggiro da parte della donna.

[20] Sent. *coram Bruno*, 20 luglio 1990. La pronuncia non risulta pubblicata in *R.R.Dec.*, ma è in parte

In definitiva, ciò che si può rilevare sostanzialmente dalla costante giurisprudenza riportata è che la nascita dei figli opera come una presunzione relativa a favore della presenza del reciproco dono personale degli sposi che coinvolge anche l'aspetto degli atti coniugali aperti alla procreazione; tale presunzione tuttavia può essere vinta qualora si dimostri adeguatamente che il figlio non è stato voluto, è frutto di un fatto accidentale, di un errore o di un comportamento doloso di una delle parti, a fronte di una risoluta ed espressa volontà *ad prolem excludendam* presente nell'altra parte al momento della manifestazione del consenso matrimoniale.

In concreto quindi, al fine di una dichiarazione giudiziale di nullità matrimoniale per esclusione del *bonum prolis*, si dovrà verificare se risulta adeguatamente provata una positiva ed effettiva volontà volta ad escludere i figli, tanto forte da non venire meno neppure per il fatto concreto del concepimento e della generazione della prole, quando questa, per le circostanze di specie, non sia effettivamente voluta ma sia invece frutto di un fatto accidentale e non imputabile ad una reale volontà delle parti o di una di esse.

5. *Il caso della* coram Lopez-Illana *del 16 giugno 2004*

La sentenza *coram Lopez-Illana* del 16 giugno 2004 affronta un caso in cui vengono direttamente in rilievo i principi fin qui delineati.

Un uomo rimasto vedovo e con due figli in tenera età decide di accedere a seconde nozze, ponendo alla futura moglie per il matrimonio una serie di condizioni, tra le quali quella di seguirlo nei suoi spostamenti di lavoro, di accudire e di allevare come una mamma i precedenti figli di lui e – quel che più rileva – di rinunciare ad avere dei figli dal matrimonio, per evitare disagi e gelosie con i figli che l'uomo già aveva. La donna accetta queste condizioni e, dopo un periodo di convivenza volto a sperimentare la vita in comune ed il rapporto con i figli dell'uomo, viene celebrato il matrimonio. Con l'andare del tempo tuttavia la donna manifestava sempre più forte la volontà di volere dei figli propri dal matrimonio, venendo meno rispetto a quanto si era precedentemente impegnata. Nonostante la perdurante opposizione dell'uomo alla procreazione e gli accorgimenti costantemente usati nei loro rapporti per evitare il concepimento, la donna riesce a rimanere incinta due volte: una prima gravidanza si concluse con un aborto involontario, mentre la seconda portò effettivamente alla nascita di un figlio. L'uomo propose alla donna anche nel secondo caso la soluzione dell'aborto, che ella rifiutò risolutamente. Nato il bambino, il padre lo accettò e lo amò, tanto da chiederne, peraltro invano, l'affidamento a sé al momento della successiva separazione coniugale seguita al fallimento del rapporto.

Il matrimonio viene quindi impugnato dall'uomo per simulazione del consenso ex can. 1101, §. 2, CIC, per esclusione da parte sua del *bonum prolis*. Il Tribunale ecclesiastico di prima istanza riconosce da subito la complessità del caso, tanto da decidere con un collegio di cinque giudici[21]: una tale composizione collegiale sarà poi ripetuta negli ulteriori gradi di giudizio.

---

riportata nella sentenza di appello sul caso poi deciso dalla *coram Lopez-Illana* del 16 giugno 2004.

[21] Cfr. can. 1425, §. 2, CIC.

I giudici di prima istanza danno sentenza negativa, pronunciandosi per la validità del matrimonio[22]. Il Tribunale di prime cure fa un ragionamento tutto incentrato sulla considerazione del fatto concreto della nascita del figlio e della reazione dell'attore di fronte a tale evento. Se è venuto alla luce un figlio – sostiene in sostanza la prima sentenza – ciò è la prova che non ci poteva essere nell'uomo una volontà che escludesse in modo assoluto e definitivo la prole: tanto più che la donna è rimasta incinta non una, ma addirittura due volte, sebbene la prima volta ella sia andata incontro ad un aborto involontario. Nei confronti del figlio inoltre il padre ha mostrato amore e benevolenza e non avversione: in questo i primi giudici rilevano una contraddizione nei confronti di una presunta volontà dell'uomo volta ed escludere la prole. Un elemento ulteriore a sostegno di questa tesi viene individuato nel fatto che l'uomo, a seguito della separazione, ha anche chiesto l'affidamento del figlio.

La sentenza di primo grado sembra limitarsi ad una lettura "oggettiva" della vicenda, senza tener conto degli elementi soggettivi e delle circostanze concrete che hanno determinato quegli eventi: la nascita del figlio e l'amore del padre nei suoi confronti viene letta come presunzione insuperabile (o perlomeno insuperata nel caso concreto) incompatibile con un'esclusione del *bonum prolis*.

Diversa è la posizione dei giudici di appello che ribaltano la precedente decisione e si pronunciano per la nullità del matrimonio in questione[23]. È importante considerare come la seconda pronuncia non nega la presenza delle circostanze postnuziali che hanno invece determinato la precedente sentenza pronuncia di segno opposto (vale a dire la nascita del figlio e l'amore del padre nei suoi confronti): tuttavia non si limita a "prenderne atto", ma indaga a fondo, sulla base degli elementi istruttori acquisiti, sugli aspetti soggettivi che hanno accompagnato quelle circostanze[24]. I giudici di appello non si riducono ad un sillogismo, tanto automatico e superficiale quanto fallace, per cui la presenza di figli escluderebbe *sic et simpliciter* la nullità matrimoniale per simulazione del *bonum prolis*. Viceversa valorizzano tutti quegli elementi presenti agli atti che dimostrano come sia stata presente e non sia mai venuta meno la volontà *ad prolem excludendam* dell'uomo e come la donna si sia trovata incinta per due volte per un fatto ritenuto da lui del tutto accidentale e non voluto, avendo egli al contrario sempre posto in essere tutta una serie di accorgimenti di segno contrario.

In particolare, si rileva come la determinazione dell'uomo di non avere figli sia stata espressa alla donna prima e proprio in funzione del matrimonio celebrando, quale specifica condizione per accedere alle nozze. Una tale posizione appare del tutto sostenibile e corroborata dal fatto che l'uomo espressamente escludeva la prole dal matrimonio per evitare contrasti e gelosie con i figli di prime nozze: una tale posizione veniva palesata in epoca prenuziale a numerosi

---

[22] Tribunale ecclesiastico beneventano, sentenza del 22 ottobre 1999.

[23] Tribunale ecclesiastico regionale campano di appello, sentenza del 19 aprile 2001.

[24] Così si legge nella sentenza di appello al n. 10, relativamente alla sentenza di primo grado riformata: "Ci si è limitati a considerare le due circostanze, e cioè la nascita del bambino e la richiesta di affidamento dello stesso da parte dell'attore dopo la separazione dei coniugi, *dal punto di vista solo oggettivo e non anche soggettivo*, ed in maniera acritica, come se tali circostanze non potessero avere altra motivazione se non la volontà prematrimoniale dell'attore di avere un figlio. Non si è riflettuto sul *come* e sul *perchè*... questo bambino nasce".

testi e traeva peraltro concretamente origine dalla comprovata circostanza che persone a conoscenza dell'uomo avevano avuto grossi problemi con figli nati da diversi matrimoni.

I giudici evidenziano anche come le intimità tra le parti avvenissero costantemente in maniera cautelata per espressa volontà dell'uomo e che la donna, più passava il tempo, più si mostrava insofferente di queste modalità, esprimendo in termini sempre più decisi – diversamente da quanto inizialmente concordato al momento delle nozze – il desiderio di avere un figlio. Tanto che la convenuta si determinò scientemente ad "incastrare" (*sic in actis*) l'attore, fino a riuscirci, dopo anni di convivenza coniugale e quando ormai ella non era più giovanissima. Una prima volta la gravidanza fu interrotta a causa di aborto involontario: l'uomo, a conferma della sua volontà, reagì sentendosi "più sereno per lo scampato pericolo". Una seconda volta venne effettivamente a nascere un figlio a seguito del concepimento, nonostante l'uomo avesse proposto comunque di abortire. La reazione manifestata della donna e dai sui parenti alla gravidanza fu quella di "aver vinto una guerra" nei confronti dell'attore e di essere riuscita ad avere comunque un proprio figlio.

Nei confronti del bambino nato, l'uomo ritenne in coscienza "di non poter fare più nulla" e quindi di accettarlo, nonostante tutto: secondo i giudici, alla luce della complessiva vicenda, egli non aveva cambiato atteggiamento o smentito la sua volontà contraria alla prole, ma semplicemente accoglieva con amore suo figlio che nasceva, anche se lui non l'aveva voluto, tanto da chiederne l'affidamento al momento della separazione dalla madre, ritenendo ella inidonea alla sua educazione.

Il Tribunale d'appello, alla luce delle circostanze concrete del caso, ritiene quindi vinta la presunzione relativa *pro matrimonio* rappresentata dalla presenza di un figlio, valorizzando invece la volontà dell'uomo a*d prolem excludendam*. Ciò risulta del tutto coerente con il quadro probatorio fornito in cui emerge chiaramente sia la *causa simulandi* (la volontà di evitare gelosie e problemi con i figli di prime nozze), sia la *causa contrahendi* (il desiderio di dare una mamma ai figli piccoli nati dal precedente matrimonio). La sentenza affermativa della nullità data dai giudici di secondo grado sembra fare un ponderato giudizio di bilanciamento, valorizzando le motivazioni e le spiegazioni che hanno determinato in concreto la gravidanza, voluta e verificatasi solo a seguito di comportamenti dolosi della donna, contro la volontà dell'attore[25]: in sostanza, per dirla con la sentenza di appello, viene dato rilievo a quel "come e perchè" il bambino viene ad essere generato, che dice certamente molto di più del mero fatto in sé della nascita.

---

[25] Così nella sentenza di appello, al n. 8: "Tali chiarimenti, mentre dissipano del tutto ogni perplessità circa la decisione prematrimoniale dell'attore di non avere altri figli nel nuovo matrimonio, confermano che egli mai accedette alle richieste insistenti e continuate per circa cinque anni, da parte della convenuta, di avere un proprio figlio; questi nacque solo perchè la convenuta riuscì ad 'incastrarlo' durante un'intimità coniugale, dopo ben cinque anni di tentativi non riusciti da parte di lei per ottenere il suo scopo".

6. *La soluzione della vicenda data dalla Rota e i principi enunciati nella sentenza*

Il caso giunge quindi in Rota per la necessità di avere una doppia sentenza conforme che possa dare esecutività alla decisione giudiziaria, dal momento che i Tribunali inferiori avevano deciso in maniera difforme, dando una sentenza negativa in primo grado e una affermativa in appello[26].

Il Tribunale Apostolico si è quindi trovato a giudicare una causa particolarmente complessa, che aveva trovato una soluzione diametralmente opposta nei due precedenti gradi di giudizio[27]. Per questo anche in Rota, per continuità rispetto ai precedenti giudizi, la causa è stata fatta conoscere *coram quinque*[28], in un periodo in cui l'ampliamento del numero dei componenti del collegio era assai più eccezionale che ora[29]. La complessità del *thema decidendum* è determinata nel caso anche dall'aperta conflittualità tra le parti che sostengono tesi antitetiche tra loro[30].

La difficoltà della causa è data poi, come già sottolineato, dal suo stesso contenuto, dal momento che essa è introdotta per esclusione del *bonum prolis*, eppure in questo caso non per una sola volta, ma per ben due la donna è rimasta

---

[26] Come noto, secondo il can. 1643 CIC, le cause relative allo stato delle persone, come sono tipicamente quelle matrimoniali, non passano in giudicato; acquistano tuttavia una propria *firmitas iuris* a seguito della pronuncia di una doppia sentenza conforme, essendo dopo precluso un ulteriore grado di giudizio, salvo quanto previsto dal can. 1644 CIC. Papa Francesco, in data 27 agosto 2014, ha istituito una speciale Commissione per la riforma e la semplificazione del processo matrimoniale canonico (cfr. *Bollettino della sala stampa della Santa Sede* B0651, 20 settembre 2014): tra le ipotesi di lavoro all'esame vi è anche quella, a certe condizioni, di rendere esecutiva la sentenza di primo grado senza più necessità di doppia conforme. Una tale ipotesi è stata peraltro anche oggetto di discussione in seno all'Assemblea generale straordinaria del Sinodo dei vescovi convocata in Vaticano dal 5 al 19 ottobre sul tema "Le sfide pastorali sulla famiglia nel contesto dell'evangelizzazione" (cfr. *Relatio Synodi*, n. 48, in *Bollettino della sala stampa della Santa Sede* B0770, 18 ottobre 2014: "Un grande numero dei Padri ha sottolineato la necessità di rendere più accessibili ed agili, possibilmente del tutto gratuite, le procedure per il riconoscimento dei casi di nullità. Tra le proposte sono stati indicati: il superamento della necessità della doppia sentenza conforme…"). La diretta esecutività della sentenza resa in unico grado è già prevista per le decisioni della Rota Romana che dichiarano la nullità matrimoniale, a seguito delle facoltà speciali concesse da Benedetto XVI con rescritto *ex audientia Sanctissimi* al cardinale Segretario di Stato in data 11 febbraio 2013.

[27] "Qua de re gravis discrepantia inter duas primas sententias deprehenditur, quarum una est negativa, altera vero affirmativa", *coram Lopez-Illana*, n. 12.

[28] La prima parte della sentenza rotale in esame si sofferma abbondantemente (nn. 10-11) sulla formazione del collegio e sul numero dei giudici designati per la trattazione della causa, sia in Rota che nei gradi inferiori.

[29] Negli ultimi anni è invalsa in Rota più di frequente la prassi di ampliare in talune cause il consueto numero di tre giudici uditori, tanto da avere pronunce non solo *coram quinque*, come nel caso in esame, ma anche *coram septem* e *coram novem*. Ciò ha determinato inevitabilmente un maggior carico di lavoro per i giudici rotali, ma anche una maggiore ponderazione, collegialità e uniformità nelle decisioni.

[30] A questo proposito, stante la conflittualità delle parti, diviene decisiva la valutazione della loro credibilità: "Sine dubio, in praesenti casu, maximi momenti esset iudicium de partium credibilitate. Hanc ob rem, enim, aequo animo impossibile est utramque partem credibiliem esse, sed solummodo alterutram", *coram Lopez-Illana*, n. 12. La sentenza, sulla base delle risultanze istruttorie, ritiene in concreto fondato quanto sostenuto dall'attore.

incinta, sebbene la prima gravidanza non sia stata portata a termine[31]. Di fronte ad una tale circostanza, l'apparato probatorio a sostegno della tesi attorea deve essere particolarmente rigoroso. Deve infatti in concreto superare tre contrarie presunzioni[32]: la prima è quella generica del can. 1060 CIC, per cui il matrimonio gode del *favor iuris* e si ritiene valido *donec contrarium probetut*; la seconda è quella prevista specificamente dal can. 1101 CIC per i casi accusati di simulazione, ove si presume la volontà interna dell'animo delle parti *conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis*, salvo dimostrare in senso contrario un atto positivo di volontà di esclusione di una proprietà o di un elemento essenziale del matrimonio stesso, in questo caso l'esclusione del *bonum prolis*; nella fattispecie in esame si aggiunge un'ulteriore presunzione contro l'esclusione della prole legittimamente deducibile dal fatto che in concreto per due volte la donna è rimasta incinta ed un figlio è effettivamente nato.

Si tratta allora di applicare il principio generale, affermato dalla giurisprudenza e ribadito dalla sentenza in esame, secondo cui quelle richiamate sono presunzioni relative, che possono essere superate e vinte da prova contraria, sebbene una tale prova non sia certo facile, dovendosi dimostrare uno stato interno dell'animo presente al momento della manifestazione del consenso, contrario sia alle parole espresse all'esterno, sia al fatto oggettivo della presenza di un figlio.

Nel caso concreto il Tribunale Apostolico, sulla base dell'apparato probatorio già raccolto e istruito nei precedenti gradi[33], ritiene che l'esclusione del *bomun prolis* sia adeguatamente provata, al punto di vincere le presunzioni e le apparenze contrarie, ed in grado quindi di determinare nei giudici la certezza morale richiesta al fine della pronuncia di nullità matrimoniale[34].

---

[31] "Vero agatur non de una, sed de bina prolis conceptione", *ibid.*, n. 7. Sul punto la pronuncia riprende una stessa fattispcie di una *coram Pasquazi* del 6 aprile 1962, cit.

[32] I giudici rotali danno atto espressamente solo delle prime due presunzioni qui riportate: "causa haec... certo certius difficilis sese praebet, quiniam prudens iudex superare debet duas contrarias praesumptiones, quarum prima est favor iuris quo matrimonium gaudet, et altera est quia interni animi sensus conformes verbis reputantur", *coram Lopez-Illana,* n. 12. Ma non c'è dubbio che vi sia in questo caso anche la terza ulteriore presunzione da vincere (la presenza della prole), alla luce di quanto fin qui detto e degli insegnamenti costanti della giurisprudenza sopra richiamata.

[33] "Nullum in Romanae Rotae Tribunali instructionis supplemenetum in casu secutum est", *ibid.*, ancora n. 12.

[34] Cfr. can. 1608 CIC. Sulla certezza morale richiesta per il pronunciamento della sentenza da parte del giudice ecclesiastico importanti elementi di chiarificazione sono presenti nel discorso di Pio XII alla Rota del 1942. Papa Pacelli evidenziava come da una parte vi sia "una certezza assoluta, nella quale ogni possibile dubbio circa la verità del fatto e la insussistenza del contrario è totalmente escluso", ma "tale assoluta certezza però non è necessaria per proferire la sentenza". Infatti "tra la certezza assoluta e la quasi-certezza o probabilità sta, come tra due estremi, la certezza morale… Essa, nel lato positivo, è caratterizzata da ciò, che esclude ogni fondato o ragionevole dubbio e, così considerata, si distingue essenzialmente dalla menzionata quasi-certezza; dal lato poi negativo, lascia sussistere la possibilità assoluta del contrario, e con ciò si differenzia dall'assoluta certezza. La certezza, di cui ora parliamo, è necessaria e sufficiente per pronunziare una sentenza". Il Pontefice affronta la questione anche riguardo alla valutazione degli elementi istruttori: "Talvolta la certezza morale non risulta se non da una quantità di indizi e di prove, che, presi singolarmente, non valgono a fondare una vera certezza, e soltanto nel loro insieme non lasciano più sorgere per un uomo di sano giudizio alcun ragionevole dubbio... si tratta del riconoscimento che la simultanea presenza di tutti questi singoli

Gli elementi presi in considerazione per corroborare questa conclusione sono in parte quelli già posti a fondamento della pronuncia dei giudici di appello, riletti però e coordinati secondo un più rigoroso sillogismo giuridico, costruito alla luce dell'apparato probatorio, ed evidentemente dotato di una forza e un'autorevolezza superiore, dal momento che è vero la sentenza rotale è resa tra le parti in contesa ed ha efficacia diretta solo nei loro confronti, ma è altrettanto vero che non si può dimenticare la funzione di nomofilachia e di indirizzo delle pronunce dei giudici della Rota rispetto ai Tribunali inferiori[35].

Il sillogismo fatto proprio dalla sentenza in esame può essere sinteticamente riassunto come segue. Prima premessa: il matrimonio è nullo se viene escluso il *bonum prolis*; seconda premessa: la presenza dei figli nati dal matrimonio fa presumere l'assenza dell'esclusione, salvo prova contraria della *voluntas excludendi*; conclusione: nel caso di specie risulta provata la *voluntas excludendi*, è vinta la presunzione contraria nonostante la presenza della prole, quindi il matrimonio è nullo.

Evidentemente la pronuncia ribadisce con forza il principio per cui, per valutare la nullità del matrimonio per esclusione della prole, ciò che rileva è sempre e solo l'effettiva volontà della parte al momento della manifestazione del consenso: provato adeguatamente l'atto positivo di volontà volto ad escludere il *bonum prolis*, il matrimonio celebrato è necessariamente nullo per simulazione parziale ed esclusione di un elemento essenziale dal sacramento, quale appunto è la *procreativitas*. Tutte le circostanze di fatto presenti nella vicenda concreta e accertate durante la fase istruttoria, altro non sono che elementi volti ad indagare e a conoscere questa volontà interna presente al momento della manifestazione del consenso nuziale. Non c'è e non ci può essere fatto alcuno, compresa pure la presenza uno o più figli, che – qualora sia considerata provata la simulazione della parte – possa in qualche modo porre rimedio ad una manifestazione di consenso matrimoniale che ha ne ha snaturato l'essenza, escludendone la sostanza, come avviene qualora si escludano gli atti procreativi aperti alla vita. La presenza dei figli allora, inserita in questo contesto, rappresenta un aspetto importante, ma non certo unico, per capire quale fosse effettivamente la volontà della parte al tempo della celebrazione. Se il concepimento e la nascita della prole sono sintomi di una sua non esclusione, ci possono essere in concreto delle altre circostanze che depongono in senso inverso e smentiscono questa prima naturale apparenza. Nel caso di specie è stata ritenuta provata una volontà

---

indizi e prove può avere un sufficiente fondamento soltanto nell'esistenza di una comune sorgente o base, dalla quale derivano: cioè nella obbiettiva verità e realtà. La certezza promana quindi in questo caso dalla saggia applicazione di un principio di assoluta sicurezza e di universale valore, vale a dire del principio della ragione sufficiente. Se dunque nella motivazione della sua sentenza il giudice afferma che le prove addotte, considerate separatamente, non possono dirsi sufficienti, ma, prese unitamente e come abbracciate con un solo sguardo, offrono gli elementi necessari per addivenire ad un sicuro giudizio definitivo, si deve riconoscere che tale argomentazione in massima è giusta e legittima" (Pio XII, *Discorso alla Rota Romana*, 1° ottobre 1942, n. 1, in *AAS*, 34 (1942), pp. 338-343). Sull'argomento, in maniera molto approfondita, cfr. Joaquin Llobell, *La genesi dei disposti normativi sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti: il raggiungimento del principio della libera valutazione delle prove*, in Sandro Gherro (a cura di), *Confessione e dichiarazione delle parti nelle cause canoniche di nullità matrimoniale*, Padova, 2003, pp. 99-145).

[35] Cfr. art. 126, §. 1, Cost. Ap. *Pastor Bonus*, 28 giugno 1988, in *AAS* 80 (1988), p. 841-930.

espressa dell'uomo di non avere bambini dal matrimonio, sorretta da una valida *causa simulandi* (non voler far insorgere problemi tra nuovi figli e figli di prime nozze) e coordinata con una sufficiente *causa contrahendi* (avere una donna che accudisse i suoi figli)[36]; l'uomo ha sottolineato l'aspetto fondamentale che per lui assumeva questa decisione (aveva addirittura chiesto alla donna di accettare questa condizione prima ed in funzione della celebrazione nuziale); per tutto il tempo della convivenza coniugale egli ha sempre voluto rapporti sessuali cautelati; la donna ha rivendicato nel tempo sempre maggiormente un proprio figlio dal matrimonio e ciò è stato motivo di contrasti e litigi ripetuti con l'attore[37].

Sono queste circostanze specifiche che illuminano e fanno comprendere il senso della nascita del figlio in seno alla coppia, spiegando il perchè ed il come di un fatto che altrimenti non potrebbe essere inquadrato in una corretta prospettiva. È vero che la donna è rimasta incinta due volte, ma in entrambi i casi ciò è successo contro la volontà, mai venuta meno, dell'uomo, di avere figli, ed è stato l'effetto, non voluto dall'attore, venuto ad accadere a seguito di un'espressa macchinazione della donna in tal senso. La nascita del figlio allora, che in termini astratti e presuntivi potrebbe certo far propendere per una *voluntas prolis*, ma nel caso specifico in termini concreti, resi particolarmente eloquenti dalle circostanze comprovate, rientra perfettamente in quello che la costante giurisprudenza rotale ha definito un fatto che avviene solo "occasionaliter" e "per accidens", ed in quanto tale propriamente "non est effectus voluntatis". Il fatto accidentale del concepimento insomma non sminuisce né fa venire meno la "voluntas absoluta" dell'uomo contraria alla prole, tanto più che in questo caso il concepimento avviene "ex opere uxoris virum invitum dolose circumvenientis", contro la volontà stessa dell'uomo che in qualche modo subisce un raggiro della convenuta.

Inquadrato in maniera corretta il contesto in cui si sviluppa la fattispecie, alla luce di tutte le circostanze sopra richiamate, non solo la nascita del figlio non è in grado di escludere la volontà *contra prolem* dell'uomo, ma neppure il suo atteggiamento verso il bambino – a cui dimostra amore e di cui chiede l'affidamento – vale ad elidere quella recisa e assoluta determinazione in quel senso sempre presente nell'attore, fin prima della celebrazione nuziale[38]. Viene infatti ampiamente spiegato dagli atti istruttori come il padre abbia suggerito di ricorrere all'aborto a seguito della gravidanza, dimostrando ulteriormente con questa scelta come essa fosse di certo da lui non voluta[39]. Tuttavia, di fronte alla contraria decisione della moglie – che invece per quella gravidanza si era

---

[36] "Causa simulandi in casu a ratione contrahendi bene distinguitur", *coram Lopez-Illana*, n. 14, lett. e). E ancora sullo stesso punto: "testes indicant causam simulandi et causam contrahendi ex parte actoris et roborant positivam eiusdem intentionem prolem excludendi inter matrimonium absolute et in perpetuum", *ibid.*, n. 15.

[37] "Innuntur difficultates et altercationes inter coniuges post nuptias ortas esse praecipue quippe quia conventa instare ad prolem procreandam coepit, dum actor in deneganda prolis procreatione iuxta propositum et quoddam pactum ante nuptias effectum perseverabat", *ibid.*, n. 16.

[38] "Tempore celebrationis matrimonii vel praestationis consensus, actor insuper narrat se habuisse voluntatem definitam excludendi filios ad vitanda filiabus iam habitis futuras implicationes... Quae actoris vera voluntas filios a matrimonio excludendi erat perpetua", *ibid*., n. 14, lett. d).

[39] "Actor uxori conventae proposuit ut abortum procuraret, quem ipsa fortiter reiecit", *ibid.*, n. 17.

così tanto adoperata fino ad "incastrarlo" con il compimento di un atto sessuale completo e non cautelato[40] – l'uomo aveva accettato quello stato di cose e accolto il bimbo: l'accettare una situazione per cui, come riconosce l'attore, "non si può fare più niente" è cosa ben diversa dal volere quella stessa situazione e ritenere un proprio effettivo apporto causale volontario nel determinarla.

7. *Brevi note conclusive*

La sentenza *coram Lopez-Illana* del 16 giugno 2004 conferma la giurisprudenza rotale in materia di nullità matrimoniale *ob exclusum bonum prolis*, riscontrabile a date condizioni anche in presenza di figli nati dalle nozze.

Anche in questo caso, la pronuncia mette a fuoco come ciò che rileva nel considerare l'essenza del matrimonio non è la prole in se stessa, quanto piuttosto l'intenzione di avere dei figli: "ut constans doctrina et iurisprudentia N. A. Tribunalis profitentur, de matrimonii essentia non est proles in se ipsa, sed prolis intentio"[41].

Dunque nel considerare la validità o la nullità del matrimonio quello che conta non è tanto il concepimento o la procreazione, ma la reale volontà dei contraenti e l'eventuale intenzione simulatoria presente la momento della manifestazione del consenso. In questo senso, i figli rappresentano solo un elemento importante – ma non unico e assoluto – per determinare in concreto quella volontà.

Da ciò discende che l'esistenza della prole, come è ben comprensibile, anche in questo caso fa presumere tra gli sposi un completo e mutuo dono personale di sé, esteso al compimento di atti coniugali idonei alla procreazione: se un figlio è nato, sembra che questo stesso fatto sia indice della presenza nei coniugi di una volontà aperta alla vita e quindi della non esclusione del *bonum prolis*.

Questo elemento tuttavia rappresenta solo una presunzione che può essere superata da prova contraria. Così la *coram Lopez-Illana* sul punto si mostra in linea con le decisioni precedenti relative a casi analoghi, evidenziando tuttavia in modo peculiare come i principi elaborati dalla giurisprudenza sull'esclusione del *bonum prolis* possono trovare applicazione, a prescindere dall'eventuale numero di gravidanze intercorse nel matrimonio, quando queste risultino comunque non volute e capitate anzi contro la stessa volontà delle parti o di una di esse, "per accidens" o per dolo o inganno di una parte a danno dell'altra. Nel caso in esame infatti, la donna convenuta si è trovata incinta per due volte, sebbene solo un figlio sia nato: ma anche il fatto del plurimo concepimento, quando è dimostrata la volontà *contra prolem*, non esclude la simulazione e la nullità delle nozze. A prescindere dal concepimento in concreto dei figli, dalla loro effettiva generazione e dal loro numero, la prole resta un elemento di fatto idoneo a fondare solo una presunzione, la quale tuttavia "nullitatem consensus ob defectum intentionis prolis... non excludit, quoniam ex causae actis constat

---

[40] "Praxis onanistica ab actore tenaciter est servata... Coitus interruptus tamen bis inutilis fuit proprie ob agendi conventae rationem, quae prolem propriam exoptabat", *ibid.*, ancora n. 17.

[41] *Ibid.*, n. 6.

prolem occasionaliter genitam non fuisse effectum voluntatis... nisi per accidens"[42].

Questo sembra essere il funto focale della pronuncia: la prole di per sé è indizio di volontà procreativa, ma nella causa di nullità matrimoniale il giudizio si sposta alla valutazione di tutte le circostanze del caso, per verificare se in concreto quella gravidanza che c'è stata, sia stata effettivamente voluta o se invece possa considerarsi avvenuta per effetto di un fatto occasionale, accidentale e sostanzialmente non voluto che, come tale, non sminuisce una eventuale volontà contraria ai figli.

Tutto si gioca allora, come anticipato fin dall'inizio di queste pagine, sul piano probatorio: se gli elementi agli atti, raccolti nella fase istruttoria, sono tali da suffragare in modo idoneo e convincente come il concepimento e la generazione della prole di figli non siano stati effettivamente voluti e non abbiano escluso quindi una determinata e risoluta intenzione simulatoria contraria al *bonum prolis*, il matrimonio sarà comunque nullo. In questo senso è la soluzione nel caso deciso dalla *coram Lopez-Illana* proprio perchè "demonstratum est... prolem natam occasionaliter seu per accidens genitam fuisse"[43].

Secondo i giudici rotali nella fattispecie esaminata risulta provato, alla luce degli atti istruttori, che l'attore in modo assoluto fu sempre contrario ad avere dei figli, evitando in modo sistematico durante tutta la vita matrimoniale il compimento di atti coniugali potenzialmente aperti alla procreazione e avendo viceversa con la convenuta solo rapporti protetti proprio allo specifico scopo di non avere dei figli (così sul punto espressamente la sentenza: "ast ex actis et probatis constat actorem omnino novae suscipiendae proli contrarium fuisse, sed ius ad prolem conventae non agnovisse semperque eidem denegavisse, quia timebat ne conventa filiabus actoris plane traderetur"[44]).

Da ciò discende la nullità del matrimonio in questione perchè, pur in presenza di figli, non si può dubitare dalle circostanze della causa che nell'uomo vi fosse comunque una assoluta volontà di escludere la prole, manifestata a parole già prima delle nozze e dimostrata in concreto nei fatti per tutta la durata della vita coniugale, salvo due soli episodi occasionali dai quali, su raggiro della donna ed in conseguenza di atti sessuali non protetti, sono scaturite due gravidanze. In proposito è chiarissimo il testo della decisione: "Dubitari enim non potest quin actor in contrahendo voluntatem habuierit excludendae prolis, et in tali proposito per totam vitam coniugalem persisterit... **Conditiones ab actore conventae propositae**... explanate absolutam perpetuamque illius voluntatem in procreationem adversam ostendunt"[45].

Da ciò discende anche la nullità di qualsiasi matrimonio celebrato con la volontà di escludere la procreazione, attraverso un'intenzione simulatoria e una concreta manifestazione di consenso nei confronti di un qualcosa di diverso nella sua stessa essenza da quello che è il matrimonio cristiano. Non c'è matrimonio infatti senza volontà di perpetuare la vita e di avere dei figli. E anche se eventualmente dei figli dovessero venire "per accidens", questo fatto non è in grado

[42] *Ibid.*, n. 19.

[43] *Ibid.*, n. 21, lett. a).

[44] *Ibid.*, n. 22.

[45] *Ibid.*, ancora n. 22.

in sé di sanare un matrimonio invalido quando risulti comunque dimostrata, al di là di facili automatismi e presunzioni, una concreta ed assoluta volontà *ad prolem excludendam*.

Presentazione

La sezione di Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria di questo numero raccoglie due sentenza della Corte costituzionale e tre pronunce della Corte EDU.

In dettaglio, nella sentenza n. 162 di quest'anno la Corte costituzionale, assumendo un parametro costituzionale complesso, fondato sugli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili della coppia. La pronuncia costituisce l'ultimo anello di un lungo percorso giurisprudenziale, che ha visto la Consulta interpellata a più riprese, sia in ordine alle censure di incostituzionalità mosse contro la legge in esame, che in merito all'ammissibilità di taluni referendum abrogativi riferiti alla stessa.

Nel primo senso, devono qui ricordarsi la sentenza n. 151 del 2009 e l'ordinanza n. 150 del 2012. La prima ha dichiarato l'incostituzionalità dei commi 2 e 3 dell'articolo 14 della legge cit. (in particolare, il comma 2 è stato dichiarato illegittimo nella parte in cui prevedeva un limite di produzione di embrioni «*comunque non superiore a tre*», nonché laddove disponeva l'obbligo di «*un unico e contemporaneo impianto*»; il comma 3, che originariamente fissava la possibilità di crioconservare gli embrioni «*qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione*», è stato dichiarato illegittimo nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento di tali embrioni, «*da realizzare non appena possibile*», debba essere effettuato anche senza pregiudizio per la salute della donna). L'ordinanza n. 150 del 2012 *ha rivestito carattere interlocutorio, disponendo* la restituzione degli atti ai Tribunali di merito perché – alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria – i rimettenti procedessero ad un rinnovato esame dei termini delle questioni, aventi ad oggetto la legittimità del divieto, legislativamente sancito, di fecondazione eterologa.

Nel secondo senso, ha rivestito un rilievo centrale la sentenza n. 46 del 2005, con la quale la Corte ha ammesso quattro *referendum* intesi ad abrogare parzialmente la legge n. 40 cit., i quali, peraltro, non hanno avuto esito per il mancato raggiungimento del *quorum* di partecipazione.

La sezione contiene, altresì, un documento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, avente ad oggetto le problematiche relative alla fecondazione eterologa e rivolto a fornire indirizzi operativi ed indicazioni cliniche omogenee al fine di rendere immediatamente esigibile il diritto sancito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162 cit.

Con la sentenza n. 170 di quest'anno, invece, la Corte ha censurato gli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*), nella parte in cui «*non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque,*

ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore», richiamando, in motivazione, l'esigenza di tutelare «*un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili*». La pronuncia rivela la tendenza ad ampliare l'ambito delle formazioni sociali suscettibili di tutela, in nome di valori di rilievo costituzionale i cui contorni sembrano, peraltro, piuttosto sfumati (il "pregresso vissuto") e poco idonei ad individuare criteri discretivi certi, ai quali ancorare gli interventi normativi.

Le pronunce della Corte EDU intercettano profili fondamentali della incessante dialettica tra opzioni politiche e rivendicazioni individuali.

Nel caso *Durisotto c. Italia* la Corte ha escluso che la mancata autorizzazione all'accesso alla terapia sperimentale «Stamina» comporti la violazione degli art. 2 e 8 (in combinato disposto con l'art.14) della CEDU. La decisione si è appuntata, in primo luogo, sul dato secondo cui nella somministrazione di cure compassionevoli agli Stati sia riconosciuto un ampio margine di discrezionalità, rilevando, inoltre, come, con riguardo al metodo in discussione, non esista alcuna prova scientifica che ne attesti alla validità. In terzo luogo, essa ha ritenuto di non potersi sostituire alle valutazioni delle autorità nazionali riguardo ai rischi che determinate cure potrebbero arrecare ai pazienti.

Nel caso *Gross v. Switzerland*, la Grand Chamber ha dichiarato il ricorso inammissibile a seguito del decesso della ricorrente, lasciando sostanzialmente irrisolto il problema di fondo. In primo grado, infatti, la Corte per un verso aveva affermato che «*la legge svizzera, laddove prevede la possibilità di ottenere una dose letale di una sostanza su prescrizione medica, non fornisce sufficienti linee guida che garantiscano la chiarezza circa l'estensione di detto diritto. Pertanto, vi è stata una violazione dell'art. 8 della Convenzione sotto tale aspetto*», ma, per altro verso, non aveva preso posizione sulle concrete modalità di attuazione di tale diritto. Rimane tuttora incerta, pertanto, la configurabilità di un vero e proprio obbligo, in capo alle autorità nazionali, di adottare direttive complete e chiare in materia di eutanasia.

Nel caso *Church of scientology of St Petersburg and others v. Russia*, infine, la Corte ha censurato la condotta della Federazione Russa che aveva negato ad alcuni gruppi afferenti al movimento religioso di Scientology di poter ottenere l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, in quanto lesiva degli art. 11(libertà di associazione) e 9 (libertà religiosa) della CEDU.

Corte costituzionale
Sentenza 10 giugno 2014, n. 162

Fecondazione eterologa: parziale illegittimità costituzionale degli artt. 4, 5, 9 e 12 della legge n. 40 del 2004.

Abstract. *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della* legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili; dell'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»; dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»; e dell'art. 12, comma 1, della legge n. 40 del 2004.*

[OMISSIS]

Considerato in diritto

1. – Il Tribunale ordinario di Milano, il Tribunale ordinario di Firenze ed il Tribunale ordinario di Catania hanno sollevato, in riferimento agli artt. 3 Cost. (tutte e tre le ordinanze), 2, 31 e 32 Cost. (la prima e la terza ordinanza), nonché (la prima ordinanza) agli artt. 29 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (di seguito: CEDU), questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (tutte le ordinanze) e degli artt. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e 12, comma 1, di detta legge (la prima e la terza ordinanza).

La legge n. 40 del 2004 reca norme in materia di procreazione medicalmente assistita (infra: PMA) e permette, «Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», il ricorso alla PMA, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla stessa (art. 1). L'art. 4, comma 3, di detta legge stabilisce che «È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo»; l'art. 9, concernente il «Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre», dispone, in primo luogo, che, «Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice»

(comma 1); in secondo luogo, prevede che, «In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi» (comma 3). L'art. 12, comma 1, stabilisce, infine, che «Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro».

2. – Secondo tutti i rimettenti, il citato art. 4, comma 3, si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto, avendo la legge n. 40 del 2004 lo scopo di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», il divieto dallo stesso stabilito realizzerebbe un diverso trattamento delle coppie affette da sterilità o da infertilità, nonostante esse versino in situazioni sostanzialmente omologhe e, quindi, debbano avere l'eguale possibilità di ricorrere alla tecnica più utile di PMA, al fine di porre rimedio alla patologia dalla quale sono affette.

Ad avviso del Tribunale ordinario di Milano, tutte le norme censurate recherebbero vulnus anche agli artt. 2, 29 e 31 Cost., in quanto – benché il primo di detti parametri riconosca e tuteli il diritto alla formazione della famiglia (oggetto anche del secondo parametro) – non garantiscono alle coppie colpite da sterilità o infertilità assoluta ed irreversibile il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare e di autodeterminazione in ordine alla medesima, con pregiudizio, secondo il Tribunale ordinario di Catania, per le coppie colpite dalla patologia più grave, del diritto di formare una famiglia e costruire liberamente la propria esistenza. Per entrambi i rimettenti, la considerazione che il divieto in esame non tuteli l'integrità fisica e psichica di dette coppie e che in materia di pratica terapeutica la regola debba essere l'autonomia e la responsabilità del medico, il quale, con il consenso del paziente, effettua le necessarie scelte professionali, evidenzierebbe il contrasto delle disposizioni con gli artt. 3 e 32 Cost.

Sotto un ulteriore profilo, secondo il Tribunale ordinario di Catania, gli artt. 2 e 31 Cost. sarebbero lesi, poiché la soluzione dei problemi riproduttivi della coppia sarebbe riconducibile al diritto fondamentale alla maternità/paternità e le norme censurate avrebbero realizzato un irragionevole bilanciamento del diritto alla salute della madre biologica e della madre genetica, del diritto costituzionalmente protetto alla formazione della famiglia e dei diritti del nascituro, anche in considerazione del carattere ipotetico dell'eventuale sofferenza psicologica provocata dalla mancata conoscenza della propria origine genetica e dell'esistenza di un istituto quale l'adozione, che ammette le relazioni parentali atipiche.

Il Tribunale ordinario di Milano censura, infine, le norme sopra indicate, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al combinato disposto degli artt. 8 e 14 della CEDU, approfondendo gli argomenti che, a suo avviso, dimostrerebbero l'esistenza di siffatto contrasto anche avendo riguardo alla sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo 3 novembre 2011, S.H. e altri contro Austria.

3. – In linea preliminare, va ribadito quanto statuito con l'ordinanza della quale è stata data lettura in udienza, allegata al presente provvedimento, in ordine alla disposta riunione dei giudizi (aventi ad oggetto, in parte, le stesse norme, censurate in relazione a parametri costituzionali per profili e con argomentazioni in larga misura coincidenti) ed all'inammissibilità dell'intervento nel giudizio promosso dal Tribunale ordinario di Catania dell'Associazione Vox–Osservatorio italiano sui diritti, nonché di

quello, spiegato con un unico atto, dall'Associazione Luca Coscioni, per la libertà di ricerca scientifica, dall'Associazione Amica Cicogna Onlus, dall'Associazione Cerco un bimbo e dall'Associazione Liberi di decidere.

Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, sono, infatti, ammessi a intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale le sole parti del giudizio principale ed i terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura (per tutte, sentenze n. 134 e n. 85 del 2013). Pertanto, poiché le suindicate associazioni non sono parti nel processo principale e non risultano essere titolari di un siffatto interesse qualificato, gli interventi vanno dichiarati inammissibili. In ordine a quello spiegato dalle ultime Associazioni sopra richiamate, va, inoltre, ribadito come la circostanza che esse siano parti in un giudizio diverso da quello oggetto dell'ordinanza di rimessione, nel quale è stata sollevata analoga questione di legittimità costituzionale, neppure è sufficiente a renderlo ammissibile (ex plurimis, sentenza n. 470 del 2002; ordinanza n. 150 del 2012).

3.1. – Le questioni di legittimità costituzionale oggetto di scrutinio costituiscono una nuova proposizione di quelle, in parte analoghe, sollevate dai giudici a quibus nel corso dei medesimi processi principali, decise da questa Corte con l'ordinanza n. 150 del 2012 che – dopo averle ritenute ammissibili – ha disposto la restituzione degli atti, per un rinnovato esame delle stesse, alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria.

I Tribunali ordinari di Firenze e di Catania, nell'osservanza di siffatto onere, hanno formulato una nuova e diversa prospettazione delle stesse questioni, esplicitando gli argomenti che, a loro avviso, dimostrano la perdurante rilevanza e la non manifesta infondatezza esclusivamente delle censure riferite agli artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.; non hanno, quindi, più proposto quelle concernenti l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU. Queste ultime sono state, invece, reiterate dal Tribunale ordinario di Milano, il quale ha, tuttavia, diffusamente motivato sul punto ed è palese che l'eventuale fondatezza dei relativi argomenti concerne esclusivamente il merito delle censure. Sotto questo profilo, non è, quindi, fondata l'eccezione con cui l'Avvocatura generale dello Stato ha eccepito l'inammissibilità delle questioni, deducendo la violazione del suindicato onere. L'ulteriore eccezione di inammissibilità, proposta sul rilievo che l'accoglimento delle censure determinerebbe incolmabili «vuoti normativi», sarà esaminata in seguito, unitamente allo scrutinio nel merito delle censure.

3.2. – La questione di legittimità costituzionale può poi essere sollevata anche in sede cautelare, qualora il giudice non abbia provveduto sulla domanda (come accaduto nei giudizi in esame), ovvero quando abbia concesso la relativa misura, purché tale concessione non si risolva nel definitivo esaurimento del potere del quale egli è titolare in tale sede (tra le molte, ordinanze n. 3 del 2014 e n. 150 del 2012). Anche in relazione a questo profilo le questioni sono pertanto ammissibili.

3.3. – Sull'ammissibilità della questione sollevata dal Tribunale ordinario di Firenze non incide, inoltre, l'omessa censura degli artt. 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1, della legge n. 40 del 2004, poiché la norma della quale il rimettente deve fare immediata e diretta applicazione nel processo principale è soltanto il citato art. 4, comma 3, mentre la mancata considerazione di quelle ulteriori non influisce sulla correttezza della ricostruzione del quadro normativo di riferimento.

Parimenti irrilevante è che nel relativo processo principale, secondo quanto de-

dotto da alcune delle associazioni intervenute nel giudizio promosso dal Tribunale ordinario di Catania, sarebbe sopravvenuta la separazione personale dei coniugi ricorrenti. Indipendentemente da ogni considerazione in ordine alla prova di siffatta sopravvenienza, la stessa non può esplicare effetti sul giudizio di legittimità costituzionale, in quanto questo, una volta iniziato in seguito ad ordinanza di rinvio del giudice rimettente, non è suscettibile di essere influenzato da successive vicende di fatto concernenti il rapporto dedotto nel processo che lo ha occasionato, come previsto dall'art. 18 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, nel testo approvato il 7 ottobre 2008 (sentenze n. 274 del 2011 e n. 227 del 2010).

3.4. – Secondo i giudici a quibus, nelle fattispecie sottoposte alla loro decisione sussistono, inoltre, i requisiti soggettivi di cui all'art. 5 della legge n. 40 del 2004, ma i ricorrenti, allo scopo di avere un figlio, non possono fare ricorso alla PMA di tipo omologo, in quanto uno dei componenti della coppia è stato colpito da patologie produttive della sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, mentre potrebbero utilmente avvalersi di quella di tipo eterologo.

Tutte le ordinanze di rinvio hanno, quindi, argomentato in modo non implausibile in ordine alla rilevanza delle questioni, che, in coerenza con il petitum formulato, sussiste esclusivamente in riferimento alla previsione del divieto, nella parte in cui impedisce ai soggetti che vantano i requisiti di cui all'art. 5 della legge n. 40 del 2004, di fare ricorso alla PMA di tipo eterologo, qualora sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assoluta.

Sussiste, inoltre, l'incidentalità delle sollevate questioni. Le censure hanno, infatti, ad oggetto norme che i rimettenti devono applicare, quale passaggio obbligato al fine della decisione sulle domande proposte nei processi principali, concernenti il riconoscimento del diritto delle parti attrici ad ottenere la condanna dei convenuti ad eseguire la prestazione richiesta, con conseguente esistenza di un petitum distinto dalle sollevate questioni di legittimità costituzionale.

3.5. – Ancora in linea preliminare, occorre precisare che non possono essere presi in considerazione, oltre i limiti fissati nelle ordinanze di rimessione, ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, tanto se siano stati eccepiti ma non fatti propri da queste ultime, quanto se siano diretti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze (per tutte, sentenza n. 275 del 2013, ordinanza n. 10 del 2014).

Spetta, inoltre, a questa Corte valutare il complesso delle eccezioni e delle questioni costituenti il thema decidendum e stabilire, anche per economia di giudizio, l'ordine con cui affrontarle nella sentenza, dichiarandone eventualmente assorbite alcune, quando si è in presenza di questioni tra loro autonome per l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità (sentenze n. 278 e n. 98 del 2013, n. 293 del 2010).

4. – Nel merito, le questioni sollevate in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. sono fondate nei termini di seguito precisati.

5. – Lo scrutinio delle censure va effettuato, avendo riguardo congiuntamente a tutti questi parametri, poiché la procreazione medicalmente assistita coinvolge «plurime esigenze costituzionali» (sentenza n. 347 del 1998) e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango. Questi, nel loro complesso, richiedono «un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa» ad ognuno (sentenza n. 45 del 2005), avendo, infatti, questa Corte già affermato che la stessa «tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione» (sentenza n. 151 del 2009).

Le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano. Il divieto in esame non costituisce, peraltro, il frutto di una scelta consolidata nel tempo, in quanto è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico proprio dal censurato art. 4, comma 3. Anteriormente, l'applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa era, infatti, «lecita [...] ed ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi» e, nell'anno 1997, era praticata da 75 centri privati (Relazione della XII Commissione permanente della Camera dei deputati presentata il 14 luglio 1998 sulle proposte di legge n. 414, n. 616 e n. 816, presentate nel corso della XII legislatura). Tali centri operavano nel quadro delle circolari del Ministro della sanità del 1° marzo 1985 (Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale), del 27 aprile 1987 (Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale) e del 10 aprile 1992 (Misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuto e di midollo osseo), nonché dell'ordinanza dello stesso Ministero del 5 marzo 1997, recante «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani» (avente efficacia temporalmente limitata, poi prorogata per ulteriori novanta giorni da una successiva ordinanza del 4 giugno 1997).

Il primo di tali atti vietava, infatti, esclusivamente la possibilità di praticare la PMA eterologa all'interno di strutture del Servizio sanitario nazionale; il secondo aveva, invece, avuto cura di stabilire i protocolli per l'utilizzazione del seme «per le inseminazioni eterologhe», dettando altresì le regole di approntamento dello schedario delle coppie che si sottoponevano a tale pratica e dei donatori di gameti, nonché della tipologia di accertamenti da svolgere su questi ultimi; il terzo aveva ulteriormente specificato la disciplina concernente le modalità di raccolta, preparazione e crioconservazione del liquido seminale dei donatori, nonché dello screening cui doveva essere sottoposta la donna ricevente la donazione, «al fine di tutelare l'eventuale nascituro»; il quarto aveva, infine, vietato «ogni forma di remunerazione, diretta o indiretta, immediata o differita, in denaro od in qualsiasi altra forma per la cessione di gameti, embrioni o, comunque, di materiale genetico», nonché ogni forma di intermediazione commerciale finalizzata a tale cessione, disponendo l'obbligo da parte dei centri che la praticavano di comunicare taluni dati al Ministero della sanità.

Siffatto divieto neppure è, poi, conseguito ad obblighi derivanti da atti internazionali, dato che, come già è stato puntualizzato da questa Corte, la sua eliminazione in nessun modo ed in nessun punto viola i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 (che solo vieta la PMA a fini selettivi ed eugenetici e, peraltro, è ancora priva degli strumenti di attuazione) e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, recepiti nel nostro ordinamento con la legge di adattamento 28 marzo 2001, n. 145 (Ratifica della Convenzione di Oviedo) (sentenza n. 49 del 2005).

6. – Posta questa premessa, opportuna al fine della contestualizzazione del divieto in esame, occorre constatare che esso, impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, ma assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, è privo di adeguato fondamento costituzionale.

Deve anzitutto essere ribadito che la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera. In tal senso va ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge n. 40 del 2004 sia appunto preordinata alla «tutela delle esigenze di procreazione», da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sentenza n. 151 del 2009).

Va anche osservato che la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli (come è deducibile dalle sentenze n. 189 del 1991 e n. 123 del 1990). Nondimeno, il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. La considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 11 del 1981) rende, comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa.

La libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale.

7. – La disciplina in esame incide, inoltre, sul diritto alla salute, che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, va inteso «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica» (sentenza n. 251 del 2008; analogamente, sentenze n. 113 del 2004; n. 253 del 2003) e «la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica» (sentenza n. 167 del 1999). Peraltro, questa nozione corrisponde a quella sancita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo la quale «Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano» (Atto di costituzione dell'OMS, firmato a New York il 22 luglio 1946).

In relazione a questo profilo, non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia. Anche tenendo conto delle diversità che caratterizzano dette tecniche, è, infatti, certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche

rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data, secondo quanto sopra esposto.

In coerenza con questa nozione di diritto alla salute, deve essere, quindi, ribadito che, «per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti» (sentenza n. 161 del 1985), sempre che non siano lesi altri interessi costituzionali.

Nel caso di patologie produttive di una disabilità – nozione che, per evidenti ragioni solidaristiche, va accolta in un'ampia accezione – la discrezionalità spettante al legislatore ordinario nell'individuare le misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra, inoltre, il limite del «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (sentenze n. 80 del 2010, n. 251 del 2008). Un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sentenza n. 8 del 2011), anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta. Pertanto, va ribadito che, «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sentenza n. 151 del 2009), fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali. Non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarlo vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango.

8. – Il censurato divieto incide, quindi, sui richiamati beni costituzionali. Tuttavia, ciò non è sufficiente a farlo ritenere illegittimo, occorrendo a questo scopo accertare se l'assolutezza che lo connota sia l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame.

9. – In linea preliminare, va osservato che la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita. La considerazione che il divieto è stato censurato nella parte in cui impedisce il ricorso a detta tecnica nel caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia, che è causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute, deve escludere, in radice, infatti, un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici.

La tecnica in esame (che va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta «surrogazione di maternità», espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia), alla luce delle notorie risultanze della scienza medica, non comporta, inoltre, rischi per la salute dei donanti e dei donatari eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica, purché eseguita all'interno di strutture operanti sotto i rigorosi controlli delle autorità, nell'osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati.

10. – L'unico interesse che si contrappone ai predetti beni costituzionali è, dunque, quello della persona nata dalla PMA di tipo eterologo, che, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, sarebbe leso a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia della violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica. Le censure, ad avviso dell'interveniente, sarebbero inoltre inammissibili, come sopra accennato, poiché il loro eventuale accoglimento determinerebbe incolmabili «vuoti normativi» in ordine a rilevanti profili della disciplina applicabile, venendo in rilievo «una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza del conditor iuris», che porrebbe esclusivamente «scelte di opportunità», riconducibili alla discrezionalità riservata al legislatore ordinario.

Questa eccezione evidenzia l'inestricabile correlazione esistente tra profili concernenti l'ammissibilità ed il merito delle questioni. Devono, per ciò stesso, essere esaminati congiuntamente.

L'eccezione di inammissibilità non è fondata, anche se va escluso che l'accoglimento delle questioni possa far rivivere gli atti amministrativi sopra richiamati, come sostenuto invece dalle parti private. Il contenuto del divieto introdotto dal citato art. 4, comma 3, e l'impossibilità di qualificare detta norma (e l'intera legge) come esclusivamente ed espressamente abrogatrice di una norma preesistente, nonché la natura di tali atti, rendono infatti palese che non ricorre nessuna delle «ipotesi tipiche e molto limitate» di reviviscenza che l'ordinamento costituzionale tollera (tra le più recenti, sentenza n. 70 del 2013).

11. – Posta questa premessa, deve essere ribadito che la legge n. 40 del 2004 costituisce la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore [...] che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa» e, quindi, sotto questo profilo, è «costituzionalmente necessaria» (sentenza n. 45 del 2005). Nondimeno, in parte qua, essa non ha contenuto costituzionalmente vincolato; infatti, nel dichiarare ammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione, tra gli altri, dell'art. 4, comma 3, è stato sottolineato che l'eventuale accoglimento della proposta referendaria non avrebbe fatto «venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria» (sentenza n. 49 del 2005).

In relazione al «vuoto normativo» paventato dall'interveniente, rinviando alle considerazioni svolte di seguito per l'identificazione delle lacune eventualmente conseguenti all'accoglimento delle questioni, occorre, peraltro, ricordare che questa Corte sin dalla sentenza n. 59 del 1958 ha affermato che il proprio potere «di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa che, in ordine a dati rapporti, possa derivarne; mentre spetta alla saggezza del legislatore [...] di eliminarla nel modo più sollecito ed opportuno» e, di recente, ha ribadito che, «posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio» (sentenza n. 113 del 2011).

L'esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende, infatti, imprescindibile affermare che il relativo sindacato «deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico» (sentenza n. 1 del 2014), non essendo, ovviamente, ipotizzabile l'esistenza di ambiti sottratti allo stesso. Diversamente, si determinerebbe, infatti, una lesione intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato, soprattutto quando risulti accertata la violazione di una libertà fondamentale, che non può mai essere giustificata con l'eventuale inerzia del legislatore ordinario. Una volta

accertato che una norma primaria si pone in contrasto con parametri costituzionali, questa Corte non può, dunque, sottrarsi al proprio potere-dovere di porvi rimedio e deve dichiararne l'illegittimità, essendo poi «cómpito del legislatore introdurre apposite disposizioni» (sentenza n. 278 del 2013), allo scopo di eliminare le eventuali lacune che non possano essere colmate mediante gli ordinari strumenti interpretativi dai giudici ed anche dalla pubblica amministrazione, qualora ciò sia ammissibile.

Nella specie sono, peraltro, identificabili più norme che già disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo, anche perché il legislatore, avendo consapevolezza della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d'Europa, li ha opportunamente regolamentati, dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi.

11.1. – La ritenuta fondatezza delle censure non determina incertezze in ordine all'identificazione dei casi nei quali è legittimo il ricorso alla tecnica in oggetto. L'accoglimento delle questioni, in coerenza con il petitum formulato dai rimettenti, comporta, infatti, l'illegittimità del divieto in esame, esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute. In particolare, secondo quanto stabilito dagli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, all'evidenza direttamente riferibili anche alla PMA di tipo eterologo, il ricorso alla stessa, una volta dichiarato illegittimo il censurato divieto, deve ritenersi consentito solo «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere» le cause di sterilità o infertilità e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere «documentate da atto medico» e da questo certificate. Il ricorso a questa tecnica, non diversamente da quella di tipo omologo, deve, inoltre, osservare i principi di gradualità e del consenso informato stabiliti dal citato art. 4, comma 2.

Nessuna lacuna sussiste in ordine ai requisiti soggettivi, poiché la dichiarata illegittimità del divieto non incide sulla previsione recata dall'art. 5, comma 1, di detta legge, che risulta ovviamente applicabile alla PMA di tipo eterologo (come già a quella di tipo omologo); quindi, alla stessa possono fare ricorso esclusivamente le «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Ad analoga conclusione deve pervenirsi quanto alla disciplina del consenso, dato che la completa regolamentazione stabilita dall'art. 6 della legge n. 40 del 2004 – una volta venuto meno, nei limiti sopra precisati, il censurato divieto – riguarda evidentemente anche la tecnica in esame, in quanto costituisce una particolare metodica di PMA. È, inoltre, parimenti chiaro che l'art. 7 della legge n. 40 del 2004, il quale offre base giuridica alle Linee guida emanate dal Ministro della salute, «contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», avendo ad oggetto le direttive che devono essere emanate per l'esecuzione della disciplina e concernendo il genus PMA, di cui quella di tipo eterologo costituisce una species, è, all'evidenza, riferibile anche a questa, come lo sono altresì gli artt. 10 ed 11, in tema di individuazione delle strutture autorizzate a praticare la procreazione medicalmente assistita e di documentazione dei relativi interventi.

Siffatta considerazione permette, poi, di ritenere che le norme di divieto e sanzione non censurate (le quali conservano validità ed efficacia), preordinate a garantire l'osservanza delle disposizioni in materia di requisiti soggettivi, modalità di espressione del consenso e documentazione medica necessaria ai fini della diagnosi della patologia e della praticabilità della tecnica, nonché a garantire il rispetto delle prescrizioni con-

cernenti le modalità di svolgimento della PMA ed a vietare la commercializzazione di gameti ed embrioni e la surrogazione di maternità (art. 12, commi da 2 a 10, della legge n. 40 del 2004) sono applicabili direttamente (e non in via d'interpretazione estensiva) a quella di tipo eterologo, così come lo sono le ulteriori norme, nelle parti non incise da pronunce di questa Corte.

I profili sui quali si è soffermato l'interveniente, concernenti lo stato giuridico del nato ed i rapporti con i genitori, sono, inoltre, anch'essi regolamentati dalle pertinenti norme della legge n. 40 del 2004, applicabili anche al nato da PMA di tipo eterologo in forza degli ordinari canoni ermeneutici. La constatazione che l'art. 8, comma 1, di detta legge contiene un ampio riferimento ai «nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», in considerazione della genericità di quest'ultima locuzione e dell'essere la PMA di tipo eterologo una species del genus, come sopra precisato, rende, infatti, chiaro che, in virtù di tale norma, anche i nati da quest'ultima tecnica «hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime». Della nuova concezione della paternità il legislatore ordinario si è, peraltro, di recente dimostrato consapevole, modificando l'art. 231 del codice civile, il quale, nel testo novellato dall'art. 8 del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), stabilisce, significativamente, che «Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio», risultando così sostituita l'originaria formulazione della norma, la quale disponeva, invece, che «Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio».

Una volta espunte dai commi 1 e 3 dell'art. 9 della legge n. 40 del 2004, a seguito dell'accoglimento delle sollevate questioni, le parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3» risulta, infine, confermata sia l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità (il richiamo dell'art. 235 cod. civ. a seguito delle modifiche realizzate dagli artt. 17 e 106 del d.lgs. n. 154 del 2013 deve ritenersi ora riferito all'art. 243-bis cod. civ.) e dell'impugnazione ex art. 263 cod. civ. (nel testo novellato dall'art. 28 del d.lgs. n. 154 del 2013), sia che la nascita da PMA di tipo eterologo non dà luogo all'istituzione di relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato, essendo, quindi, regolamentati i principali profili dello stato giuridico di quest'ultimo.

12. – Dalle norme vigenti è, dunque, già desumibile una regolamentazione della PMA di tipo eterologo che, in relazione ai profili ulteriori rispetto a quelli sopra approfonditi, è ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi, dalla disciplina concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie (in ordine, esemplificativamente, alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario, oggetto degli artt. 12, 13, comma 1, 14 e 15 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, recante «Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane»). In relazione al numero delle donazioni è, poi, possibile un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad esempio, la Francia e il Regno Unito), ma tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto.

La questione del diritto all'identità genetica, nonostante le peculiarità che la

connotano in relazione alla fattispecie in esame, neppure è nuova. Essa si è posta, infatti, in riferimento all'istituto dell'adozione e sulla stessa è di recente intervenuto il legislatore, che ha disciplinato l'an ed il quomodo del diritto dei genitori adottivi all'accesso alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato (art. 28, comma 4, della legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Diritto del minore ad una famiglia», nel testo modificato dall'art. 100, comma 1, lettera p, del d.lgs. n. 154 del 2013). Inoltre, in tale ambito era stato già infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti (art. 28, comma 5, della legge n. 184 del 1983). Siffatta esigenza è stata confermata da questa Corte la quale, nello scrutinare la norma che vietava l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, ha affermato che l'irreversibilità del segreto arrecava un insanabile vulnus agli artt. 2 e 3 Cost. e l'ha, quindi, rimossa, giudicando inammissibile il suo mantenimento ed invitando il legislatore ad introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato (sentenza n. 278 del 2013).

13. – Il censurato divieto, nella sua assolutezza, è pertanto il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento, non giustificabile neppure richiamando l'esigenza di intervenire con norme primarie o secondarie per stabilire alcuni profili della disciplina della PMA di tipo eterologo.

A tal proposito, va ricordato che la giurisprudenza costituzionale «ha desunto dall'art. 3 Cost. un canone di "razionalità" della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell'"esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità" [...] ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa» (sentenza n. 87 del 2012). Lo scrutinio di ragionevolezza, in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, impone, inoltre, a questa Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti» (sentenza n. 1130 del 1988). A questo scopo può essere utilizzato il test di proporzionalità, insieme con quello di ragionevolezza, che «richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi» (sentenza n. 1 del 2014).

In applicazione di tali principi, alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1), la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, nei termini sopra esposti, è stabilita in danno delle

coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la ratio legis. Non rileva che le situazioni in comparazione non sono completamente assimilabili, sia perché ciò è ininfluente in relazione al canone di razionalità della norma, sia perché «il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contradditori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe» (sentenza n. 1009 del 1988), come appunto nel caso in esame.

Il divieto in esame cagiona, in definitiva, una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite.

La regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone, infine, in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole. In definitiva, le norme censurate, pur nell'obiettivo di assicurare tutela ad un valore di rango costituzionale, stabiliscono una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, giungendo a realizzare una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi, in violazione dei parametri costituzionali sopra richiamati.

Deve essere quindi dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, nonché dell'art. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e dell'art. 12, comma 1, di detta legge.

14. – Restano assorbiti i motivi di censura formulati in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU.

Per Questi Motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili;

2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»;

3) dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3»;

4) dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 12, comma 1, della legge n. 40 del 2004, nei limiti di cui in motivazione.

[omissis]

Allegato:
Ordinanza Letta All’udienza Dell’8 Aprile 2014
ORDINANZA

Rilevato che i giudizi hanno ad oggetto, in parte, le stesse norme, censurate in relazione a parametri costituzionali, per profili e con argomentazioni in larga misura coincidenti che, quindi, vanno riuniti per essere decisi con una stessa pronuncia;

che nel giudizio promosso dal Tribunale ordinario di Catania (reg. ord. n. 240 del 2013) sono intervenute:

a) l’Associazione Vox-Osservatorio italiano sui diritti, la quale non è parte nel processo principale, deducendo di essere titolare di un interesse specifico, connesso alle sollevate questioni di legittimità costituzionale, in quanto «per statuto, si propone di analizzare gli sviluppi della società dal punto di vista giuridico, socio-economico e culturale per individuare l’insieme dei diritti da proteggere, potenziare e conquistare», con la conseguenza che, rientrando l’oggetto di dette questioni nell’ambito dell’attività e degli interessi da essa perseguiti, sarebbe legittimata ad intervenire nel giudizio di costituzionalità;

b) l’Associazione Luca Coscioni, per la libertà di ricerca scientifica, l’Associazione Amica Cicogna Onlus, l’Associazione Cerco un bimbo e l’Associazione Liberi di decidere (intervenute con un unico atto), le quali, premesso di avere spiegato intervento (*ritenuto* ammissibile) nel processo principale in corso davanti al Tribunale ordinario di Firenze, in cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale con l’ordinanza iscritta al n. 213 del reg. ord. 2013, deducono che, «per intervenuta separazione personale dei coniugi [...] non hanno depositato costituzione nel procedimento» promosso da detta ordinanza e, tuttavia, sostengono che, «per le funzioni che svolgono nell’ambito di cui trattasi, rappresentando i diritti di pazienti, studiosi e cittadini, si configurano come soggetti titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio», anche perché la seconda di dette associazioni risulterebbe «essere osservatorio privilegiato sul mondo della fecondazione medicalmente assistita», sicché sarebbero legittimate ad intervenire nel diverso giudizio promosso dal Tribunale ordinario di Catania originato dall’ordinanza di rimessione pronunciata da detto giudice;

che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, sono ammessi ad intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale le sole parti del giudizio principale ed i terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura (per tutte, sentenze n. 134 e n. 85 del 2013), mentre la circostanza che un soggetto sia parte in un giudizio diverso da quello oggetto dell’ordinanza di rimessione, nel quale sia stata sollevata analoga questione di legittimità costituzionale, neppure è sufficiente a rendere ammissibile l’intervento (ex plurimis, sentenza n. 470 del 2002; ordinanza n. 150 del 2012);

che, alla luce di detti principi, poiché le suindicate associazioni non sono parti nel giudizio principale nel cui corso il Tribunale ordinario di Catania ha sollevato le

questioni di legittimità costituzionale oggetto dell'ordinanza iscritta al n. 240 del reg. ord. 2013, né risultano essere titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, gli interventi dalle stesse proposti vanno dichiarati inammissibili.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibili gli interventi dell'Associazione Vox-Osservatorio italiano sui diritti, dell'Associazione Luca Coscioni, per la libertà di ricerca scientifica, dell'Associazione Amica Cicogna Onlus, dell'Associazione Cerco un bimbo e dell'Associazione Liberi di decidere, nel giudizio introdotto dal Tribunale ordinario di Catania, con l'ordinanza iscritta al n. 240 del reg. ord. 2013.

Fonte: www.cortecostituzionale.it

Conferenza delle Regioni e delle Province autonome. Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale nr. 162/2014 (Roma, 4 settembre 2014)

PREMESSA

La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, riunita in seduta straordinaria in data odierna, ha esaminato il testo del documento elaborato dalla Commissione Salute a seguito del lavoro istruttorio condotto dallo specifico gruppo tecnico scientifico di esperti sulla Procreazione Medicalmente Assistita (di seguito PMA).

Preliminarmente le Regioni e PP.AA. sottolineano che hanno preso atto della sentenza della Corte Costituzionale del 9 aprile 2014, n. 162, depositata il 10 giugno 2014 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 18 giugno 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa contenuto nell'articolo 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), che ha innescato riflessioni e ipotesi normative in merito all'applicazione di questa metodica sia a livello ministeriale, che regionale e di società scientifiche.

Considerato che il Governo ha ritenuto di non intervenire con un proprio provvedimento normativo in una materia così delicata per le sue implicazioni etiche lasciando tale competenza al Parlamento, le Regioni e PP.AA. hanno condiviso la responsabilità di fornire indirizzi operativi ed indicazioni cliniche omogenee al fine di rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale, dimostrando capacità di *governance* nazionale.

È stato pertanto concordato di definire, in attesa che il Parlamento legiferi in materia, un accordo interregionale che verrà recepito dalle singole Regioni e PP.AA., il quale avrà valenza transitoria, ma che permetterà comunque alle coppie che ne faranno richiesta di poter accedere alla fecondazione eterologa.

Gli indirizzi operativi e le indicazioni cliniche contenute nel presente documento si dovranno applicare alle strutture pubbliche, a quelle accreditate nonché a quelle private non accreditate.

Le Regioni e le PP.AA. considerano che omologa ed eterologa, alla luce della sentenza della Corte Costituzionale, risultano entrambe modalità di PMA riconosciute LEA, anche sulla scorta del parere favorevole espresso in sede di Conferenza Stato – Regioni del 29 aprile 2004 sul riparto delle risorse destinate a favorire l'accesso alle tecniche di PMA, previsto dall'art. 18 della Legge 40/2004.

Ai fini del riconoscimento economico, le Regioni e le PP.AA. evidenziano la necessità di inserire nel DPCM di adeguamento dei LEA, così come definito nel Patto per la Salute 2014-2016, la PMA omologa ed eterologa.

PRESO ATTO della nota dell'8 Agosto 2014 del Ministro della Salute ai Capigruppo Parlamentari con la quale il Ministro sottolinea i cardini principali, che sono condivisi dalle Regioni, sui quali dovrebbe basarsi la organizzazione delle procedura di PMA da donazione, che sono:

- Il recepimento di parte della direttiva 2006/17/CE;

- L'istituzione di un registro nazionale per la tracciabilità donatore-nato;
- La regola della gratuità e volontarietà della donazione di cellule riproduttive;
- Il principio di anonimato del donatore e la sua deroga esclusivamente per esigenze di salute del nato;
- L'introduzione di un limite massimo alle nascite da un medesimo donatore;
- L'introduzione di un limite minimo e massimo di età per i donatori;
- L'introduzione immediata della fecondazione eterologa nei LEA, con relativa copertura finanziaria.

CONSIDERATO che la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo richiede, rispetto a quella di tipo omologo, un'attività specifica consistente nella selezione dei donatori di gameti, secondo criteri di sicurezza e al fine di garantire la tutela della salute, la regolamentazione tecnica dovrebbe in particolar modo dettagliare:

- I criteri di selezione dei donatori e dei riceventi;
- La precisazione degli esami infettivologici e genetici da effettuare;
- Le regole sull'anonimato dei donatori;
- Il numero di donazioni che sarà possibile effettuare da parte di un donatore/donatrice;
- La tenuta della tracciabilità delle donazioni e degli eventi avversi;
- I criteri che i soggetti interessati dovranno seguire per l'esecuzione della metodica.

La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, al fine di rendere omogeneo a livello nazionale l'accesso alle procedure eterologhe, ha concordato i seguenti indirizzi operativi per le Regioni e le Province Autonome, che saranno recepiti con delibera di giunta regionale o con specifico provvedimento regionale.

Sulla scorta della sentenza della Corte Costituzionale del 9 aprile 2014, n. 162, con i presenti indirizzi operativi si stabiliscono le disposizioni per consentire l'avvio delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, comprese quelle che impiegano gameti maschili e femminili entrambi donati da soggetti diversi dai componenti della coppia ricevente, garantendo la sicurezza e la tutela della salute di tutti i soggetti coinvolti.

La donazione di cellule riproduttive da utilizzare nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo è atto volontario, altruista, gratuito, interessato solo al "bene della salute riproduttiva" di un'altra coppia. Non potrà esistere una retribuzione economica per i donatori/donatrici, né potrà essere richiesto alla ricevente contributo alcuno per i gameti ricevuti. Non si escludono forme di incentivazione alla donazione di cellule riproduttive in analogia con quanto previsto per donazione di altre cellule, organi o tessuti. Ai donatori con rapporto di lavoro dipendente, ovvero interessati dalle tipologie contrattuali di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, possono essere applicate le disposizioni previste dalla normativa vigente in materia di attività trasfusionali e di trapianto di midollo. L'importazione e l'esportazione di gameti sono consentite, rispettivamente, solo da e verso istituti di tessuti accreditati/autorizzati ai sensi della normativa europea vigente in materia. Si rinvia a quanto disposto dal Decreto Min. Salute del 10 ottobre 2012 attuativo dell'art 9 DLgs 191/07. Inoltre, il procedimento di selezione dei donatori e gli accertamenti di screening devono essere conformi al presente documento.

Centri autorizzati alla pratica della fecondazione eterologa

La normativa europea identifica i Centri di PMA come Istituti dei Tessuti e non individua ulteriori requisiti per i centri che pratichino PMA eterologa rispetto ai requisiti necessari alla pratica omologa, perciò solo i centri PMA, conformi alle normative regionali in materia di autorizzazione/accreditamento, risultano parimenti idonei ad effettuare procedure di PMA anche eterologa compresa la fase di selezione dei donatori/donatrici, il recupero e la crioconservazione dei gameti. I trattamenti clinici di fecondazione eterologa ed i corrispondenti risultati dovranno essere comunicati annualmente in forma aggregata (in attesa di appositi approfondimenti da parte del Garante della Privacy) al Registro Nazionale PMA, analogamente a quanto obbligatorio per i trattamenti omologhi.

Requisiti soggettivi delle coppie di pazienti che possono usufruire della donazione di gameti

La metodica di PMA eterologa è eseguibile unicamente qualora sia accertata e certificata una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità. Possono far ricorso alla PMA di tipo eterologo coniugi o conviventi di sesso diverso, maggiorenni, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi (art 5, legge 40 /2004). Deve ritenersi applicabile anche per la PMA eterologa il limite di età indicato nella previsione contenuta nell'art. 4 L. 40/04 secondo la quale può ricorrere alla tecnica la donna "in età potenzialmente fertile" e comunque in buona salute per affrontare una gravidanza. Su suggerimento delle Società Scientifiche, si sconsiglia comunque la pratica eterologa su donne di età >50 anni per l'alta incidenza di complicanze ostetriche. Per la donazione di gameti maschili è comunque rilevante allo stesso modo l'età della partner, con le stesse limitazioni.

Indicazioni cliniche alla fecondazione eterologa

Devono essere certificate dal medico del centro su certificato di accesso alle tecniche PMA e sono sottoelencate.

a) femminili: le indicazioni sono tutte le situazioni mediche o iatrogene di sterilità comprovata in cui la donna non possa disporre di propri ovociti validi:

- Donne con ipogonadismo ipergonadotropo;
- Donne in avanzata età riproduttiva ma comunque in età potenzialmente fertile;
- Donne con ridotta riserva ovarica dopo fallimento di fecondazione omologa;
- Donne che sanno di essere affette o portatrici di un significativo difetto genetico o che hanno una storia familiare di una condizione per la quale lo stato di portatore non può essere determinato;
- Donne con ovociti e/o embrioni di scarsa qualità o ripetuti tentativi di concepimento falliti tramite tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA);
- Donne con fattore iatrogeno di infertilità.

b) maschili: le indicazioni alla donazione sono tutte le situazioni mediche o iatrogene di sterilità comprovata che determinano l'indisponibilità di spermatozoi utilizzabili.

- Partner maschile con dimostrata infertilità da fattore maschile severo (cioè, azoospermia e oligoastenoteratozoospermia severa o mancata fertilizzazione dopo iniezione intracitoplasmatica di sperma [ICSI]).
- Partner maschile con disfunzione eiaculatoria incurabile.
- Uomini che sanno di essere affetti o portatori di un significativo difetto genetico o che hanno una storia familiare di una condizione per la quale lo stato di portatore non può essere determinato.

• Partner maschile con una infezione sessualmente trasmissibile che non può essere eliminata.
• Uomini con fattore iatrogeno di infertilità.
• La partner femminile è Rh-negativo e gravemente isoimmunizzata e il partner maschile è Rh-positivo.

Selezione dei donatori

La donazione di gameti è consentita ai soggetti di sesso maschile di età non inferiore ai 18 anni e non superiore ai 40 anni, e ai soggetti di sesso femminile di età non inferiore ai 20 anni e non superiore ai 35 anni.

Donatori di gameti maschili

Sono candidabili i seguenti soggetti:

1. quelli che in modo spontaneo e altruistico decidono di donare i propri gameti e non si stanno sottoponendo ad un trattamento di fecondazione assistita a loro volta;
2. quelli che si stanno sottoponendo ad un trattamento di fecondazione assistita a loro volta;
3. quelli che hanno congelato gameti in passato e non volendo utilizzarli decidono di donarli.

N.B. I gameti dei candidati donatori che rientrano nei punti 2 e 3 potranno essere utilizzati qualora gli stessi rientrino nei criteri generali di selezione dei donatori, inclusi i risultati delle indagini infettivo logiche, genetiche e psicologiche.

Selezione

• La selezione di un donatore dovrebbe essere effettuata da un team composto da endocrinologo/urologo con competenze andrologiche e biologo, con possibilità di consulenza da parte di un genetista ed uno psicologo, sotto la supervisione del Responsabile del Centro.
• I criteri principali nella scelta di un donatore sono il buono stato di salute e l'assenza di anomalie genetiche note all'interno della famiglia (questo deve essere definito attraverso una accurata anamnesi genetica anche mediante un questionario validato da genetisti). Il donatore deve essere in grado di fornire notizie circa lo stato di salute di entrambi i genitori biologici (non deve essere adottato, né concepito a sua volta da donatore di gameti, né figlio di padre/madre non noto).
• Il donatore deve essere in grado di intendere e di volere, in buone condizioni di salute psico-fisica e non presentare nell'anamnesi elementi che indirizzino verso malattie ereditarie e familiari. La valutazione dei donatori dovrebbe anche affrontare l'esistenza di potenziali motivi finanziari o emotivi che possono condizionare la donazione.
• La selezione dei donatori con fertilità provata è cosa auspicabile ma non obbligatoria.
• È raccomandabile una valutazione e consulenza psicologica, per tutti i donatori di seme.
• La valutazione dovrebbe includere un colloquio clinico e, se necessario, test psicologici.
• Nessun proprietario, operatore, direttore del laboratorio o dipendente del centro che esegue l'inseminazione può essere utilizzato come donatore.
• Né il medico del paziente né l'esecutore dell'inseminazione può essere donatore del seme. Sono esclusi dalla donazione uomini che abbiano esposizione professionale ad alto rischio per tossicità riproduttiva (radiazioni o sostanze chimiche).

- Sono esclusi dalla possibilità di donare gameti i pazienti che abbiano effettuato e concluso trattamenti con chemioterapici o radioterapia da meno di due anni.

Test e screening per controllo dei donatori

Test del seme

Si consiglia di analizzare più di un campione seminale (ciascuno dopo un'astinenza di 2 - 5 giorni) prima di procedere con una più approfondita valutazione del candidato donatore.

Il campione deve essere esaminato entro 1-2 ore dopo l'eiaculazione in un contenitore sterile. I criteri utilizzati per giudicare la normalità del campione possono variare tra i laboratori. Ci sono standard non uniformemente accettati, ma, in generale, possono essere applicati i criteri minimi per definire normale il campione di seme. Si dovrebbero utilizzare solo campioni seminali con valori al di sopra del 50% centile dei valori di riferimento del WHO (linee guida internazionali) per quanto riguarda concentrazione e motilità progressiva.

Test di crioconservazione/scongelamento: Il recupero dopo scongelamento deve fornire una percentuale di spermatozoi dotati di motilità rettilinea > 50% di quello del seme pre-crioconservazione.

Valutazione genetica

Devono essere eseguiti in tutti i donatori il cariotipo e il test per rilevare lo stato di portatore di fibrosi cistica ed eventualmente l'elettroforesi emoglobina per la ricerca delle emoglobine patologiche in base al risultato dell'emocromo (MCV ridotto). Eventuali approfondimenti genetici saranno considerati sulla base del risultato della valutazione genetica anamnestica.

Storia medica e valutazione clinica

I donatori devono essere sani e con anamnesi negativa per malattie ereditarie.

Deve essere raccolta accuratamente la storia personale e sessuale per escludere donatori ad alto rischio per HIV, malattie sessualmente trasmissibili, o altre infezioni trasmissibili attraverso la donazione di gameti. Il donatore deve essere sottoposta ad una accurata visita medica.

Analisi di laboratorio

Non esiste un metodo per garantire in maniera assoluta che nessun agente infettivo possa essere trasmesso con l'inseminazione con donazione di seme. Comunque le seguenti linee guida, combinate con un adeguata anamnesi e l'esclusione di soggetti ad alto rischio per HIV e altre malattie sessualmente trasmissibili, possono significativamente ridurre tali rischi. Si richiede che vengano eseguiti i seguenti test, conformemente all'allegato II, punto 1.1 del Dlgs 16/2010, utilizzando metodi appropriati, allo scopo di determinare l'ammissibilità dei donatori. I risultati negativi devono essere documentati prima dell'uso di spermatozoi del donatore (I centri che utilizzano spermatozoi procurandoseli da una banca o da altro centro PMA, devono possedere la documentazione degli esami eseguiti)

- HBsAg o HBV-NAT, HBs Ab, HBcAb IgG e IgM ,
- Ab anti HCVAb o HCV-NAT
- HIV 1/2 ab (IV generazione) o HIV-NAT
- Ab anti-Citomegalovirus IgG, IgM

• TPHA-VDRL
• HTLV I e II (L'esame degli anticorpi HTLV va effettuato sui donatori che vivono in aree ad alta prevalenza o ne sono originari o i cui partner sessuali provengono da tali aree, ovvero qualora i genitori del donatore siano originari di tali aree).

I campioni di sangue vanno prelevati al momento di ogni singola donazione, se eseguite a distanza superiore di 90 giorni.

Le donazioni di gameti sono messe in quarantena per almeno 180 giorni e successivamente occorre ripetere gli esami. In caso di conferma della negatività degli esami il campione potrà essere utilizzato. Fa eccezione il caso in cui il campione di sangue prelevato al momento della donazione venga sottoposto a test con tecnica di amplificazione nucleica (NAT) per HIV, HBV, e HCV, purchè eseguita il più possibile vicino alla donazione; in tal caso i gameti possono essere utilizzati senza attendere il periodo di quarantena. I risultati di queste indagini devono essere disponibili prima dell'utilizzo dei gameti.

Oltre agli esami sierologici i donatori di gameti maschili dovranno essere sottoposti a:
• Spermiocoltura, urinocoltura, ricerca di Neisseria Gonorrhoeae, Micoplasma Hominis, Ureaplasma Urealyticum, Chlamydia Trachomatis nel liquido seminale o nelle urine o nel tampone uretrale/urine primo mitto
• Gruppo sanguigno e fattore Rh
• Analisi chimico-cliniche di base (emocromo, glicemia, creatinina, colesterolo totale, HDL, trigliceridi, transaminasi, G6PDH).

Gestione dei risultati di laboratorio

La positività ai test eseguiti dovrebbe essere verificata prima di notificarla al potenziale donatore. Se la positività venisse confermata, l'individuo dovrebbe essere indirizzato ad una appropriata consulenza e work up clinico.

Risultati falsi positivi per la sifilide ottenuti utilizzando saggi non treponemici e che si confermano negativi con saggi treponemici risultano idonei per la donazione.

È opportuno che il partner, in ogni coppia che richiede inseminazione con seme donato, sia sottoposto ad una valutazione clinica appropriata e a test infettivologici allo scopo di risolvere eventuali problemi medico/legali che potrebbero sorgere qualora il partner sieroconverta durante o dopo l'inseminazione.

Donatrici di gameti femminili

La donazione degli ovociti richiede stimolazione ovarica con monitoraggio e recupero degli ovociti. Comporta quindi, a differenza della donazione di gameti maschili, considerevoli disagio e rischi per la donatrice.

Sono candidabili i seguenti soggetti

1. Donne che in modo spontaneo e altruistico decidono di donare i propri gameti e non si stanno sottoponendo ad un trattamento di fecondazione assistita a loro volta;
2. Donne che si stanno sottoponendo ad un trattamento di fecondazione assistita a loro volta;
3. Donne che hanno congelato gameti in passato e non volendo utilizzarli decidono di donarli.

N.B. I gameti dei candidati donatori che rientrano nei punti 2 e 3 potranno essere utilizzati qualora gli stessi rientrino nei criteri generali di selezione dei donatori, inclusi i risultati delle indagini infettivo logiche, genetiche e psicologiche.

Selezione

È fortemente raccomandato per la donatrice degli ovociti e per il suo partner (se esistente) una valutazione e consulenza psicologica fornita da un professionista qualificato.

- La selezione di una donatrice dovrebbe essere effettuata da un team composto da ginecologo e biologo con possibilità di consulenza da parte di un genetista ed uno psicologo, sotto la supervisione del Responsabile del Centro.
- I criteri principali nella scelta di una donatrice sono il buono stato di salute e l'assenza di anomalie genetiche note all'interno della famiglia (questo deve essere definito attraverso una accurata anamnesi genetica anche mediante un questionario validato da genetisti). La donatrice deve essere in grado di fornire notizie circa lo stato di salute di entrambi i genitori biologici (non deve essere adottato, né concepito a sua volta da donatore di gameti, né figlio di padre/madre non noto).
- La donatrice deve essere in grado di intendere e di volere, in buone condizioni di salute psico-fisica e non presentare nell'anamnesi elementi che indirizzino verso malattie ereditarie e familiari.
- La valutazione delle donatrici dovrebbe anche affrontare l'esistenza di potenziali motivi finanziari o emotivi che possono obbligare alla donazione.
- Nessuna proprietaria, operatrice, direttrice del laboratorio o dipendente del centro dove si esegue lo screening per la donazione di ovociti può essere la donatrice degli ovociti.
- Né il medico del paziente né l'esecutore dell'inseminazione può essere donatore di ovociti.
- Sono escluse dalla donazione donne che abbiano esposizione professionale ad alto rischio per tossicità riproduttiva (radiazioni o sostanze chimiche).
- Sono escluse dalla possibilità di donare gameti le pazienti che abbiano effettuato e concluso trattamenti con chemioterapici o radioterapia da meno di due anni.

Tests e screening per controllo delle donatrici di ovociti

Valutazione genetica

Devono essere eseguiti in tutte le donatrici il cariotipo e il test per rilevare lo stato di portatore di fibrosi cistica ed eventualmente l'elettroforesi emoglobina per la ricerca delle emoglobine patologiche in base al risultato dell'emocromo (MCV ridotto). Eventuali approfondimenti genetici saranno considerati sulla base del risultato della valutazione genetica anamnestica.

Storia medica e valutazione clinica

Le donatrici devono essere sane e con anamnesi negativa per malattie ereditarie. La potenziale donatrice dovrà presentare delle caratteristiche cliniche (ormonali ed ecografiche) compatibili con una donazione di ovociti adeguata, avere cicli mestruali regolari con assenza di patologia ovarica ed endocrinologica.

Deve essere raccolta accuratamente la storia personale e sessuale per escludere donatori ad alto rischio per HIV, malattie sessualmente trasmissibili, o altre infezioni trasmissibili attraverso la donazione di gameti. La donatrice deve essere sottoposta ad una accurata visita medica.

Analisi di laboratorio

Non esiste un metodo per garantire in maniera assoluta che nessun agente infettivo

possa essere trasmesso attraverso la donazione di ovociti. Comunque le seguenti linee guida, combinate con un adeguata anamnesi e l'esclusione di soggetti ad alto rischio per HIV e altre malattie sessualmente trasmissibili, possono significativamente ridurre tali rischi. Si richiede che vengano eseguiti i seguenti test, conformemente all'allegato II, punto 1.1 del Dlgs 16/2010, utilizzando metodi appropriati, allo scopo di determinare l'ammissibilità delle donatrici, e che i risultati negativi siano documentati prima dell'uso degli ovociti della donatrice. (I centri che utilizzano ovociti procurandoseli da altro centro PMA , devono possedere la documentazione degli esami eseguiti)

- HBsAg o HBV-NAT, HBs Ab, HBcAb IgG e IgM ,
- Ab anti HCVAb o HCV-NAT
- HIV 1/2 ab (IV generazione) o HIV-NAT
- Ab anti-Citomegalovirus IgG, IgM
- TPHA-VDRL
- HTLV I e II (L'esame degli anticorpi HTLV va effettuato su donatrici che vivono in aree ad alta prevalenza o ne sono originarie o i cui partner sessuali provengono da tali aree, ovvero qualora i genitori del donatore siano originari di tali aree).

I campioni di sangue vanno prelevati al momento di ogni singola donazione.

Quarantena degli ovociti: il congelamento degli ovociti non può essere eseguito in modo standardizzato; pertanto, la messa in quarantena degli ovociti non consente risultati di sopravvivenza e di gravidanza sovrapponibili all'utilizzo di ovociti freschi in modo standardizzato. In caso di utilizzo di ovociti freschi va effettuato sempre uno screening con esami virologici in PCR Real Time (NAT per HIV, HBV, e HCV). Resta comunque necessario effettuare i test sierologici previsti.

Nel caso di ovociti crioconservati, le donazioni sono messe in quarantena per almeno 180 giorni e successivamente occorre ripetere gli esami. In caso di conferma della negatività degli esami il campione potrà essere utilizzato. I risultati di queste indagini devono essere disponibili prima dell'utilizzo dei gameti.

Oltre agli esami sierologici le donatrici di ovociti dovranno essere sottoposte ai seguenti esami:

- Gruppo sanguigno e fattore Rh
- Analisi chimico-cliniche di base (emocromo, glicemia, creatinina, colesterolo totale, HDL, trigliceridi, transaminasi, G6PDH).
- Tampone vaginale e cervicale con ricerca di Neisseria Gonorrhoeae, Micoplasma Hominis, Ureaplasma Urealyticum, Chlamydia Trachomatis.

Inoltre sono consigliabili un PAP-test o HPV-test ed un'ecografia mammaria eseguiti nell'ultimo anno.

Gestione dei risultati di laboratorio

La positività ai test eseguiti dovrebbe essere verificata prima di notificarla alla potenziale donatrice. Se la positività venisse confermata, l'individuo dovrebbe essere indirizzato ad una appropriata consulenza e work up clinico.

Risultati falsi positivi per la sifilide ottenuti utilizzando saggi non treponemici e che si confermano negativi con saggi treponemici risultano idonei per la donazione.

Scelta delle caratteristiche fenotipiche del donatore

Non è possibile per i pazienti scegliere particolari caratteristiche fenotipiche del donatore, al fine di evitare illegittime selezioni eugenetiche. In considerazione del fatto che la fecondazione eterologa si pone per la coppia come un progetto ripro-

duttivo di genitorialità per mezzo dell'ottenimento di una gravidanza, il centro deve ragionevolmente assicurare la compatibilità delle principali caratteristiche fenotipiche del donatore con quelle della coppia ricevente.

Anonimato dei donatori e tutela della riservatezza

Ferma restando la regola di anonimato di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, e successive modificazioni, la donazione deve essere anonima (cioè non deve essere possibile per il donatore risalire alla coppia ricevente e viceversa). I dati clinici del donatore/donatrice potranno essere resi noti al personale sanitario solo in casi straordinari, dietro specifica richiesta e con procedure istituzionalizzate, per eventuali problemi medici della prole, ma in nessun caso alla coppia ricevente. L'accessibilità alla informazione sarà gestita informaticamente con il controllo di tracciabilità. I donatori/donatrici non hanno diritto di conoscere identità del soggetto nato per mezzo di queste tecniche e il nato non potrà conoscere l identità del donatore/donatrice.

Eventuali modifiche introdotte alla disciplina dell'anonimato della donazione successivamente alla applicazione del presente documento dovranno comunque garantire l'anonimato ai donatori che hanno donato prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina. Le persone che partecipano a programmi di donazione dovrebbero essere certi che la loro riservatezza sarà rispettata.

Consenso informato per donatori/donatrici

È essenziale per il/la donatore/donatrice firmare un consenso informato, che dovrebbe includere un fermo diniego di non avere nessun conosciuto fattore di rischio per malattie sessualmente trasmissibili e malattie genetiche. È necessario che il/la donatore/donatrice riconosca nel consenso informato la sua responsabilità di notificare al programma di donazione eventuali cambiamenti nel suo stato di salute o di fattori di rischio. Il/la donatore/donatrice deve anche specificare se accetta che i suoi gameti vengano utilizzati anche a scopo di ricerca, se non più utilizzabili per ulteriori donazioni.

Ai fini della manifestazione del consenso informato, e fermo restando quanto previsto dall'articolo 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, e dall'articolo 13 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, e successive modificazioni, al donatore deve essere data comunicazione della possibilità di essere contattato nei casi e con le modalità descritte nel capitolo "Anonimato dei donatori e tutela della riservatezza" e deve darne apposito consenso.

Il consenso informato dovrà riportare che, sulla base dell'art. 9 comma 3 della Legge 40/2004, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

Tutte le donatrici di ovociti devono essere informate esplicitamente dei rischi e degli effetti collaterali connessi con la stimolazione ovarica e recupero degli ovociti; questa consulenza deve essere documentata nel consenso medico informato.

I donatori devono essere liberi di revocare, in qualsiasi momento e senza alcuna spesa o pretesa economica, da parte del Centro di PMA che ha effettuato la raccolta e/o di quello che intendeva utilizzare i gameti, il consenso prestato per l'ulteriore impiego dei loro gameti.

Consenso informato della coppia che riceve la donazione

Oltre a tutte le informazioni previste per le analoghe tecniche di primo e secondo

livello di PMA, per tutti gli aspetti sovrapponibili delle tecniche omologhe ed eterologhe, e per le implicazioni legali della esecuzione delle tecniche stesse in ordine al ritiro del consenso informato e al riconoscimento della maternità e paternità del nato, la coppia ricevente le cellule riproduttive deve essere compiutamente informata sulla circostanza che risulta impossibile diagnosticare e valutare tutte le patologie genetiche di cui risultassero eventualmente affetti il donatore/donatrice con ogni effetto consequenziale in relazione alla eventuale imputazione della responsabilità. La coppia deve essere a conoscenza che il rischio di malattie e anomalie congenite nella prole risulta sovrapponibile a quello della popolazione generale. Particolare attenzione andrà posta agli aspetti psicologici, etici e sociali.

Numero di donazioni

Le cellule riproduttive di un medesimo donatore non potranno determinare più di dieci nascite. Tale limite può essere derogato esclusivamente nei casi in cui una coppia, che abbia già avuto un figlio tramite procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, intenda sottoporsi nuovamente a tale pratica utilizzando le cellule riproduttive del medesimo donatore. Il Centro PMA che utilizza i gameti dei donatori/donatrici deve registrare i dati della gravidanza ottenuta (positività beta-HCG, gravidanza clinica in evoluzione), la successiva nascita, eventuali aborti ed eventuali malformazioni del neonato. Qualora la gravidanza non dovesse portare alla nascita di un feto vivo, la procedura non va considerata tra le dieci nascite consentite.

Tracciabilità ed eventi avversi

I centri PMA garantiscono la tracciabilità del percorso delle cellule riproduttive dalla donazione all'eventuale nascita. Si applicano tutte le disposizioni vigenti in materia di donazione, approvvigionamento, controllo, lavorazione, conservazione, stoccaggio e distribuzione di tessuti e cellule umani.

I centri devono assicurare il mantenimento del livello più alto possibile di sicurezza nella manipolazione e nella conservazione dei gameti. La regolamentazione e le procedure di manipolazione e di conservazione dei gameti sono definite dalla normativa attualmente in vigore. Devono essere applicate nel laboratorio le appropriate procedure per il controllo di qualità.

I gameti devono essere raccolti presso il Centro che esegue la crioconservazione. Il centro PMA che pratica l'eterologa deve avere un archivio dedicato (cartaceo ed elettronico) dove verranno conservate le cartelle cliniche dei donatori e accessibile solo da personale sanitario autorizzato. Solo su motivata richiesta dell'Autorità Giudiziaria o dell'autorità di controllo (Regione/CNT), il Responsabile dell'Istituto di tessuti potrà fornire i dati utili per risalire al donatore. I records relativi a ciascun donatore (di screening e i risultati dei test) devono essere mantenuti per almeno 30 anni dall'utilizzo.

Nelle more della istituzione di un archivio centralizzato delle donazioni di gameti, che consenta di rilevare eventuali plurime donazioni dello stesso donatore in diverse sedi e di tenere sotto controllo il numero delle nascite ottenute, in modo che non superi quanto consentito, ed in attesa della normativa comunitaria prevista per il 2015 sulla codifica delle singole donazioni, in via transitoria è previsto che il donatore/donatrice deve mettere a disposizione di un solo centro i propri gameti e di tale prassi deve essere informato prima della donazione. Al fine di evitare che uno stesso donatore si rivolga a più banche, il donatore/donatrice deve dichiarare, sotto la propria responsabilità, di non aver effettuato donazioni in altri centri. Sarà quindi

compito del Centro stesso registrare le gravidanze ottenute con gameti del donatore in modo che non superino il numero consentito.

L'esito clinico di ogni ciclo di inseminazione deve essere registrato così come la segnalazione di qualsiasi evento avverso comprese le malattie ereditarie identificate in fase pre-natale o post-natale. Nel caso in cui una malattia ereditaria precedentemente non identificata si diagnostichi in un bambino nato da donazione anonima, il donatore e il ricevente dovrebbero essere testati e ulteriori campioni del donatore non dovrebbero essere donati. Se il donatore è risultato essere il portatore della malattia ereditaria, tutti i destinatari dei gameti donati devono essere messi al corrente. Devono essere conservati records dei donatori come fonte di dati medici per qualsiasi nato (obbligo di comunicazione al CNT e al Registro PMA di evento avverso).

Fattibilità e aspetti finanziari della fecondazione omologa ed eterologa

La Conferenza delle Regioni e delle province autonome ha sottolineato l'urgente necessità dell'inserimento nei LEA delle tecniche di PMA omologa e di quella eterologa.

Inoltre, ha ritenuto necessario che per la PMA eterologa le strutture pubbliche e quelle accreditate siano pronte ad effettuare queste metodiche, attraverso una quantificazione economica omogenea tra le Regioni e Province Autonome mediante il riconoscimento delle prestazioni delle attività svolte da parte del SSN.

Per quanto riguarda i cicli di omologa, si propongono dei criteri di accesso a carico del SSN, che comprendono l'età della donna (fino al compimento del 43 anno) ed il numero di cicli che possono essere effettuati nelle strutture sanitarie pubbliche (massimo 3), e propone gli stessi criteri d'accesso anche per la PMA eterologa.

Molte Regioni hanno già recepito queste indicazioni nelle rispettive autonomie.

Per una puntuale analisi dei costi della PMA eterologa da utilizzare anche in questa fase transitoria, così come è stato per le tecniche di PMA omologa, è stato condiviso di coinvolgere in tempi ristretti esperti della materia per analizzare nel complesso tutti gli aspetti.

La possibilità di inserire anche la PMA eterologa nei LEA dovrebbe considerare i seguenti passaggi:

1. Valutazioni cliniche dei donatori
2. Indagini di screening per la selezione dei donatori
3. Test del seme e crioconservazione dei gameti
4. Eventuale rimborso per giornate di lavoro perdute dei/delle donatori/donatrici
5. Indagini cliniche e di screening nei riceventi e nei loro partner
6. Impiego farmacologico per l'induzione dell'ovulazione
7. Preparazione al transfer per la donna ricevente
8. Monitoraggio ecografico dell'ovulazione e prelievo degli ovociti.

La valutazione economica delle tecniche di fecondazione eterologa da questa fase in poi si identifica con le tecniche di PMA omologhe.

Fonte: www.olir.it

Corte costituzionale, sentenza 11 giugno 2014, n. 170

Artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso) – Sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi: scioglimento del matrimonio o cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio – Illegittimità nella parte in cui non consente, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata.

Abstract. *Sono dichiarati costituzionalmente illegittimi gli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore; viene dichiarata, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (che ha sostituito l'art. 4 della legge n. 164 del 1982, abrogato dall'art. 36 del medesimo d.lgs., ma che ne ripete, con minima ininfluente variante lessicale, identicamente il contenuto), nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.*

[omissis]

Considerato in diritto

1. – Chiamata a decidere sulla questione, al centro del giudizio principale, relativa agli «effetti della pronuncia di rettificazione di sesso su un matrimonio preesistente, regolarmente contratto dal soggetto che ha inteso esercitare il diritto a cambiare identità di genere in corso di vincolo, nell'ipotesi in cui né il medesimo soggetto né il coniuge abbiano intenzione di sciogliere il rapporto coniugale», la Corte di cassazione dubita che la soluzione al riguardo imposta dall'art. 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), non modificata dall'art. 7 della successiva legge 6 marzo 1987 n. 74 (Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio) e poi confermata dall'art. 31 del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in

materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), non applicabile in causa ratione temporis – la soluzione, cioè, di collegare alla sentenza di rettificazione di sesso del coniuge l'effetto automatico di scioglimento del matrimonio – realizzi un bilanciamento adeguato tra l'interesse dello Stato a mantenere fermo il modello eterosessuale del matrimonio ed i contrapposti diritti maturati dai due coniugi nel contesto della precedente vita di coppia.

Il cosiddetto "divorzio imposto" – introdotto dalla normativa censurata (l'art. 4 ed il connesso art. 2 della legge n. 164 del 1982) – sconterebbe, infatti, ad avviso della Corte rimettente, un deficit di tutela, risolventesi nel sacrificio indiscriminato, in assenza di strumenti compensativi, «del diritto di autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo; del diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale; del diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio; del diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale».

Da qui, in particolare, il denunciato contrasto dell'art. 4 e, per quanto rileva, dell'art. 2 della legge n. 164 del 1982 con gli artt. 2, 3 e 29 Cost., e con gli artt. 8 e 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, evocati come norme interposte agli effetti della ulteriore violazione degli artt. 10, primo comma, e 117, primo comma, Cost. e la prospettazione del vulnus che si assume arrecato dagli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982 all'art. 24 Cost.

2. – Con diffuse argomentazioni adesive alla motivazione dell'ordinanza di rinvio, la difesa dei ricorrenti ha chiesto dichiararsi l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982 e, in via consequenziale, ex art. 27, legge n. 87 del 1953, dell'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011.

3. – Nel pervenire ad opposta conclusione di non fondatezza, sotto ogni profilo, della questione in esame, l'Avvocatura generale dello Stato ha richiamato, invece, in premessa, la non superabilità del "paradigma eterosessuale" del matrimonio, ribadito anche dalla sentenza di questa Corte n. 138 del 2010, e ne ha tratto il corollario che, in Italia, il matrimonio già celebrato tra due persone eterosessuali, una delle quali modifichi in costanza di rapporto, senza opposizione dell'altra, la propria identità di genere venga, per ciò stesso, a caducarsi per "inesistenza acquisita".

Con l'ulteriore conseguenza – ad avviso, sempre di detta difesa – che «ciò a cui può aspirare il coniuge che cambia sesso in costanza di matrimonio è che, con il consenso del proprio compagno (o compagna) di vita, l'ordinamento riconosca il permanere del vincolo di comunanza affettiva con una adeguata e diversa tutela, che serva per l'appunto a non comprimere eccessivamente l'esercizio del diritto inviolabile all'autodeterminazione sessuale, ma non aspirare a conservare un istituto non più esistente».

4. – In via preliminare, deve essere confermata l'ordinanza, adottata nel corso dell'udienza pubblica ed allegata alla presente sentenza, con la quale è stato dichiarato inammissibile l'intervento dell'Avvocatura per i diritti LGBTI.

5. – La questione è fondata, nei termini e limiti di cui appresso.

5.1. –La situazione (sul piano fattuale innegabilmente infrequente, ma che, nella vicenda al centro del giudizio principale, si è comunque verificata) di due coniugi che, nonostante la rettificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi, intendano non interrompere la loro vita di coppia, si pone, evidentemente, fuori dal

modello del matrimonio – che, con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità, non può proseguire come tale – ma non è neppure semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso, poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili.

5.2. – Il parametro costituzionale di riferimento per una corretta valutazione della peculiare fattispecie in esame – in relazione ai prospettati quesiti sulla legittimità della disciplina, correttamente individuata dalla Corte di cassazione negli artt. 2 e 4 della Legge n. 164 del 1982, che la risolvono in termini di divorzio automatico – non è dunque quello dell'art. 29 Cost. invocato in via principale dallo stesso collegio rimettente, poiché, come già sottolineato da questa Corte, la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che «stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso» (sentenza n. 138 del 2010).

Il che comporta che anche a colui (o colei) che cambia il proprio sesso non resta impedito di formare una famiglia, contraendo nuovo matrimonio con persona di sesso diverso da quello da lui (o lei) acquisito per rettifica.

5.3. – Non pertinente è anche il riferimento agli artt. 8 (sul diritto al rispetto della vita familiare) e 12 (sul diritto di sposarsi e formare una famiglia) della CEDU, come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (H. contro Finlandia – decisione del 13 novembre 2012; Schalk and Kopf contro Austria – decisione del 22 novembre 2010), invocati come norme interposte, ai sensi della denunciata violazione degli artt. 10, primo comma, e 117, primo comma, Cost. E ciò perché, in assenza di un consenso tra i vari Stati nazionali sul tema delle unioni omosessuali, la Corte EDU, sul presupposto del margine di apprezzamento conseguentemente loro riconosciuto, afferma essere riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso.

La stessa sentenza della Corte EDU Schalk and Kopf contro Austria, citata nell'ordinanza di rimessione, nel ritenere possibile una interpretazione estensiva dell'art. 12 della CEDU nel senso della riferibilità del diritto di contrarre matrimonio anche alle coppie omosessuali, chiarisce come non derivi da una siffatta interpretazione una norma impositiva, di una tale estensione, per gli Stati membri.

5.4. – Neppure sussiste, nei termini della sua prospettazione, il contrasto della normativa denunciata con i precetti di cui agli artt. 24 e 3 Cost.

Quanto al primo parametro, perché non essendo, per quanto detto, configurabile un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio, non ne è, di conseguenza, ipotizzabile alcun vulnus sul piano della difesa.

E quanto al parametro dell'art. 3 Cost., poiché la diversità della peculiare fattispecie di scioglimento a causa di mutamento del sesso di uno dei coniugi rispetto alle altre cause di scioglimento del matrimonio ne giustifica la differente disciplina.

5.5. – Pertinente, è invece, il riferimento al precetto dell'art. 2 Cost.

Al riguardo questa Corte ha già avuto modo di affermare, nella richiamata sentenza n. 138 del 2010, che nella nozione di "formazione sociale" – nel quadro della quale l'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo – «è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei

limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri».

In quella stessa sentenza è stato, però, anche precisato doversi «escludere [...] che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio», come confermato, del resto, dalla diversità delle scelte operate dai Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette.

Dal che la conclusione, per un verso, che «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette», e, per altro verso, che resta, però, comunque, «riservata alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni», nel quadro di un controllo di ragionevolezza della rispettiva disciplina.

5.6. – Sulla linea dei principi enunciati nella riferita sentenza, è innegabile che la condizione dei coniugi che intendano proseguire nella loro vita di coppia, pur dopo la modifica dei caratteri sessuali di uno di essi, con conseguente rettificazione anagrafica, sia riconducibile a quella categoria di situazioni "specifiche" e "particolari" di coppie dello stesso sesso, con riguardo alle quali ricorrono i presupposti per un intervento di questa Corte per il profilo, appunto, di un controllo di adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore.

La fattispecie peculiare che viene qui in considerazione coinvolge, infatti, da un lato, l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi) e, dall'altro lato, l'interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro, relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale, non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere (in tal ultimo senso si sono indirizzate le pronunce della Corte costituzionale austriaca – VerfG 8 giugno 2006, n. 17849 – e della Corte costituzionale tedesca BVerfG, 1, Senato, ord. 27 maggio 2008, BvL 10/05) .

La normativa – della cui legittimità dubita la Corte rimettente – risolve un tale contrasto di interessi in termini di tutela esclusiva di quello statuale alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell'istituto del matrimonio, restando chiusa ad ogni qualsiasi, pur possibile, forma di suo bilanciamento con gli interessi della coppia, non più eterosessuale, ma che, in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio, reclama di essere, comunque, tutelata come «forma di comunità», connotata dalla «stabile convivenza tra due persone», «idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione» (sentenza n. 138 del 2010).

Sta in ciò, dunque, la ragione del vulnus che, per il profilo in esame, le disposizioni sottoposte al vaglio di costituzionalità arrecano al precetto dell'art. 2 Cost.

Tuttavia, non ne è possibile la *reductio ad legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost. Sarà, quindi, compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza. E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la

rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti.

5.7. – Va, pertanto, dichiarata – in accoglimento, per quanto di ragione, delle sollevate questioni – l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982 n. 164, con riferimento all'art. 2 Cost., nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore.

5.8. – Negli stessi termini, la dichiarazione di illegittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, n. 87, va estesa all'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011, che ha sostituito l'art. 4 della legge n. 164 del 1982, abrogato dall'art. 36 del medesimo d.lgs., ma che ne ripete, con minima ininfluente variante lessicale, identicamente il contenuto.

Per Questi Motivi
LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore;

2) dichiara, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

[omissis]

Allegato:
Ordinanza Emessa All'udienza Del 10 Giugno 2014
ORDINANZA

Visti gli atti relativi al giudizio di legittimità costituzionale, introdotto con ordinanza della Prima sezione civile della Corte di cassazione, depositato il 6 giugno 2013 (n. 214 del registro ordinanze 2013).

Rilevato che in tale giudizio è intervenuta l'Avvocatura per i diritti LGBTI (Associazione nazionale di promozione sociale iscritta a n. 116, sezione F, del

registro delle APS presso la Provincia di Bergamo), in persona del Presidente e legale rappresentante p.t., con atto depositato il 4 novembre 2013;

che detta Associazione non è stata parte nel giudizio a quo;

che la costante giurisprudenza di questa Corte (tra le tante, cfr. le ordinanze allegate alle sentenze n. 237 e n. 82 del 2013, n. 272 del 2012, n. 349 del 2007, n. 279 del 2006 e n. 291 del 2001) è nel senso che la partecipazione al giudizio di legittimità costituzionale è circoscritta, di norma, alle parti del giudizio a quo, oltre che al Presidente del Consiglio dei ministri e, nel caso di legge regionale, al Presidente della Giunta regionale (artt. 3 e 4 delle norme integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale);

che a tale disciplina è possibile derogare - senza venire in contrasto con il carattere incidentale del giudizio di costituzionalità - soltanto a favore di soggetti terzi che siano titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura;

che, pertanto, l'incidenza sulla posizione soggettiva dell'interveniente non deve derivare, come per tutte le altre situazioni sostanziali governate dalla legge denunciata, dalla pronuncia della Corte sulla legittimità costituzionale della legge stessa, ma dall'immediato effetto che la pronuncia della Corte produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio a quo;

che pertanto - essendo l'Avvocatura per i diritti LGBTI titolare non già di un interesse direttamente riconducibile all'oggetto del giudizio principale, sibbene di un mero indiretto, e più generale, interesse, connesso al suo scopo statutario, a diffondere la cultura e il rispetto dei diritti delle persone omosessuali, bisessuali, transessuali e intersessuali - il suo intervento, in questo giudizio, deve essere dichiarato inammissibile.

Per Questi Motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibile l'intervento dell'Avvocatura per i diritti LGBTI.

Fonte: www.cortecostituzionale.it

Corte europea dei diritti dell'uomo - Seconda sezione Durisotto c. Italia Sentenza del 28 maggio 2014 (ric. n. 62804/13)

Art. 2 CEDU (Diritto alla vita) – Art. 8 CEDU (Diritto al rispetto della vita privata a familiare) in combinato disposto con l'art. 14 CEDU (Divieto di discriminazione) - Mancata autorizzazione all'accesso ad una terapia sperimentale «Stamina» - Motivazione non arbitraria né discriminatoria: irricevibilità per manifesta infondatezza.

Abstract. *In its decision in the case of Durisotto v. Italy (application no. 62804/13) the European Court of Human Rights has by a majority declared the application inadmissible.*

The case concerned the refusal by the courts to authorise the applicant's daughter to undergo compassionate therapy (experimental treatment known as the "Stamina" method) to treat her degenerative cerebral illness. The therapy was undergoing clinical trials and, under a legislative decree, was subjected to restrictive access criteria.

The Court held that the prohibition on access to this therapy, imposed by the court in application of legislative decree no. 24/2013, pursued the legitimate aim of protecting health and was proportionate to that aim. Sufficient reasons had been given for the court's decision, and it had not been arbitrary. Indeed, the therapeutic value of the "Stamina" method had, to date, not yet been proven scientifically. Nor could the Court conclude that the justice system's refusal to grant her permission had been discriminatory.

Fonte: www.olir.it

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grand Chamber)
Case of Gross v. Switzerland
Sentenza del 30 Settembre 2014 (ricorso n. 67810/10)

Diritti fondamentali – Bioetica – Dignità umana – Libertà di coscienza – Trattamenti sanitari – Pazienti – Malati – Eutanasia – Suicidio assistito.

[omissis]

THE FACTS

THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant was born in 1931 and died on 10 November 2011.

10. For many years the applicant had expressed the wish to end her life. She explained that she was becoming increasingly frail as time passed and was unwilling to continue suffering the decline of her physical and mental faculties. She decided that she wished to end her life by taking a lethal dose of sodium pentobarbital. She contacted an assisted-suicide association – EXIT – for support, which replied that it would be difficult to find a medical practitioner who would be ready to provide her with a medical prescription for the lethal drug.

11. On 20 October 2008 a psychiatrist, Dr T., submitted an expert opinion in which he observed that there was no doubt that the applicant was able to form her own judgment. From a psychiatric medical point of view, Dr T. did not have any objection to the applicant being prescribed a lethal dose of sodium pentobarbital. However, he refrained from issuing the prescription himself on the grounds that he did not want to confuse the roles of medical expert and treating physician.

12. By letters of 5 November 2008, 1 December 2008 and 4 May 2009 the applicant's representative submitted on her behalf a request to be given a prescription for sodium pentobarbital to three further medical practitioners, who all declined to issue the requested prescription.

13. On 16 December 2008 the applicant submitted a request to the Health Board of the Canton of Zurich to be provided with 15 grams of sodium pentobarbital in order for her to commit suicide. On 29 April 2009 the Health Board rejected the applicant's request.

14. On 29 May 2009 the applicant lodged an appeal with the Administrative Court of the Canton of Zurich. On 22 October 2009 the Administrative Court dismissed the appeal. The Administrative Court considered, in particular, that the prerequisite of a medical prescription for obtaining a lethal dose of sodium pentobarbital was in accordance with Article 8 of the Convention. The requirement to obtain a medical prescription served the aim of preventing premature decisions and guaranteed that the intended action was medically justified. It further ensured that the decision was based

on a deliberate exercise of the free will of the person concerned. The Administrative Court observed that Dr T., in his expert opinion, had not considered whether the applicant was suffering from any illness which would justify the assumption that the end of her life was near. The wish to die taken on its own, even if it was well considered, was not sufficient to justify the issuing of a medical prescription. Accordingly, the content of the case file did not demonstrate that the necessary prerequisites for issuing a medical prescription had been fulfilled in the instant case. There was therefore a need for further medical examination. Under these circumstances, the Administrative Court considered that there was no sufficient reason to dispense the applicant from the necessity of a thorough medical examination and of a medical prescription.

15. On 12 April 2010 the Federal Supreme Court dismissed an appeal lodged by the applicant. It observed, *inter alia*, that the applicant undisputedly did not fulfil the prerequisites laid down in the medical ethics guidelines on the care of patients at the end of life adopted by the Swiss Academy of Medical Sciences, as she was not suffering from a terminal illness, but had expressed her wish to die because of her advanced age and increasing frailty. Even though the Federal Supreme Court had previously considered that the issuing of a medical prescription for sodium pentobarbital to a person suffering from an incurable, persistent and serious psychological illness did not necessarily amount to a violation of a doctor's professional duties, this exception had to be handled with "utmost restraint" and did not enjoin the medical profession or the State to provide the applicant with the requested dose of sodium pentobarbital to put an end to her life. The Federal Supreme Court further noted that the issuing of the requested substance required a thorough medical examination and, with respect to the persistence of the wish to die, long-term medical supervision by a specialist practitioner who was ready to issue the necessary prescription. This requirement could not be circumvented by the applicant's request for an exemption from the necessity of obtaining a medical prescription.

16. On 10 November 2010 counsel for the applicant lodged an application with the Court.

17. On 24 October 2011 the applicant obtained a medical prescription for 15 grams of sodium pentobarbital signed by a medical practitioner, Dr U. On 10 November 2011 she ended her life by imbibing the prescribed substance. According to a police report dated 14 November 2011, no relatives of the deceased could be identified. The report concluded that the applicant had committed suicide with the assistance of EXIT and that no third person was found to be criminally liable in this context.

18. The Court was not made aware of the applicant's death until 7 January 2014 (see paragraph 19 below).

THE LAW

THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTION

A. The Government's submissions to the Grand Chamber

19. In their memorial to the Court of 7 January 2014, the Government stated that when preparing their memorial they had taken the precaution of enquiring about the applicant's situation at the municipality where she lived and had found out that she had died on 10 November 2011. Thus, by the time the Chamber had adopted its judgment in this case, she had been dead for approximately one and a half years. Relying on the Court's decision in the case of *Predescu v. Romania*, (no. 21447/03, §

25, 2 December 2008), they requested the Court to declare the application inadmissible on the ground of abuse of the right of petition, in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

20. The Government submitted that counsel had not only failed to inform the Court of the applicant's death – which he should have done at the latest when the Court's Registry provided him with the statement of facts, assuming her to be alive – but had also misled the Court in his submissions by giving the impression that the applicant was still alive.

21. In the Government's view, the conduct of the deceased applicant's counsel had been such as to mislead the Court as regards an essential aspect for its examination of the application.

B. Counsel for the applicant's submissions to the Grand Chamber

22. Counsel responded that he had not had any personal contact with his client since January 2010 and had only become aware of her death on 9 January 2014, when he had received a copy of the Government's memorial of 7 January 2014.

23. Counsel explained that the applicant had expressed her wish that counsel should send any further correspondence to Mr F., a retired pastor who also voluntarily worked for the assisted-suicide association EXIT. The reason for this arrangement was, *inter alia*, that receiving letters from her counsel directly had caused her stress and that she therefore needed assistance from a person of trust. Thus, after her appeal to the Federal Supreme Court in January 2010, it had been agreed that Mr F. would bring any communications to her personally and explain them to her. Counsel submitted that he had complied with those instructions.

24. Upon receipt of the Government's submissions on 9 January 2014, counsel had immediately contacted Mr F., who had explained to him that he had refrained from notifying him of the applicant's death at the applicant's express request because she feared that the ongoing proceedings would otherwise be discontinued. In the summer of 2011, when it had become clear that the applicant would end her life, she had informed Mr F. that counsel had told her that if she died during the proceedings the case would be at an end, and that she did not want this to happen as she wanted "to open the way for other people in her situation". Mr F. had taken the view that a spiritual adviser's professional duty did not permit disclosure against the applicant's express wishes. Counsel for the applicant further stated that he found it extremely regrettable that Mr F. had not informed him immediately of the applicant's death, as counsel would have duly informed the Court and would have made an application for the proceedings to be continued nevertheless.

25. Relying on the Court's case-law in previous cases where an applicant had died or had expressed the wish to withdraw his or her complaint during the proceedings before the Commission or the Court (counsel referred to the Court's judgments in the cases of *Scherer v. Switzerland*, 25 March 1994, Series A no. 287 and *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 21, Series A no. 26), he argued that upon lodging an application with the Convention institutions the latter became master of the proceedings. It was thus for the Court to decide whether the proceedings in a given case should be continued. The decisive factor in that regard was whether, in the Court's view, the case raised general questions of public interest necessitating further examination.

26. In the instant case counsel for the applicant invited the Court to continue the proceedings on the grounds that the case raised substantive questions regarding

compliance with the Convention which necessitated further examination in the public interest. "Euthanasia" was a contentious and much-debated issue in many European countries. Cases of this nature were generally brought by persons who were elderly and/or ill. If proceedings were to be systematically abandoned when such a person died, the questions raised by such cases could never be decided by the Court.

C. The Court's assessment

27. Article 35 § 3(a) of the Convention provides:

"The Court shall declare inadmissible any individual application submitted under Article 34 if it considers that:

(a) the application is incompatible with the provisions of the Convention or the Protocols thereto, manifestly ill-founded, or an abuse of the right of individual application;..."

28. The Court reiterates that under this provision an application may be rejected as an abuse of the right of individual application if, among other reasons, it was knowingly based on untrue facts (see *Akdivar and Others v. Turkey* [GC], 16 September 1996, §§ 53-54, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV; *Varbanov v. Bulgaria*, no. 31365/96, § 36, ECHR 2000-X; *Rehak v. Czech Republic* (dec.), no. 67208/01, 18 May 2004; *Popov v. Moldova* (no. 1), no. 74153/01, § 48, 18 January 2005; *Kérétchachvili v. Georgia* (dec.), no. 5667/02, 2 May 2006; *Miroļubovs and Others v. Latvia*, no. 798/05, § 63, 15 September 2009; and *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], no. 38433/09, § 97, ECHR 2012). The submission of incomplete and thus misleading information may also amount to an abuse of the right of application, especially if the information concerns the very core of the case and no sufficient explanation has been provided for the failure to disclose that information (see *Hüttner v. Germany* (dec.), no. 23130/04, 9 June 2006; *Predescu v. Romania*, no. 21447/03, §§ 25-26, 2 December 2008; and *Kowal v. Poland* (dec.), no. 2912/11, 18 September 2012). The same applies if new, important developments have occurred during the proceedings before the Court and where, despite being expressly required to do so by Rule 47 § 7 (former Rule 47 § 6) of the Rules of Court, the applicant has failed to disclose that information to the Court, thereby preventing it from ruling on the case in full knowledge of the facts (see *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano*, ibid., and *Miroļubovs and Others,* ibid.). However, even in such cases, the applicant's intention to mislead the Court must always be established with sufficient certainty (see *Al-Nashif v. Bulgaria*, no. 50963/99, § 9, 20 June 2002; *Melnik v. Ukraine*, no. 72286/01, §§ 58-60, 28 March 2006; *Nold v. Germany*, no. 27250/02, § 87, 29 June 2006; and *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano*, ibid.).

29. Turning to the circumstances of the instant case, the Court notes at the outset that in her application lodged with the Court on 10 November 2010 the applicant complained, relying on Article 8 of the Convention, that the Swiss authorities, by depriving her of the possibility of obtaining a lethal dose of sodium pentobarbital, had violated her right to decide by what means and at what point her life would end. It further observes that on 5 January 2012 her application was communicated to the respondent Government and that on 14 May 2013 the Chamber delivered a judgment in which it held (by four votes to three) that there had been a violation of Article 8 of the Convention, a finding which was based on the assumption that the applicant was still alive (see paragraphs 65-67 of the Chamber judgment).

30. However, it was later revealed that in the meantime, on 24 October 2011, the applicant had obtained a medical prescription for a lethal dose of sodium pentobarbital and that on 10 November 2011 she had ended her life by imbibing the prescribed substance.

31. This development was not brought to the Court's attention by the applicant or her counsel but by the Government, in their memorial of 7 January 2014, after the case had been referred to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention. When preparing their memorial, the Government had enquired about the applicant's situation and had found out about the fact and the circumstances of her death.

32. The Court has taken note of the explanation submitted in reply by counsel for the applicant that he had been unaware of his client's death because he had only had contact with her via an intermediary, Mr. F., who – at her request – had purposely refrained from notifying counsel of her death. According to Mr F., this was because of her fear that the disclosure of such a fact might prompt the Court to discontinue the proceedings in her case. As her spiritual adviser he had considered himself bound by a professional duty of confidentiality preventing him from disclosing that information against her wishes.

33. However, in the Court's view, and bearing in mind the particular nature of the present case, the fact that counsel for the applicant had no direct contact with his client but agreed to communicate with her indirectly through an intermediary gives rise to a number of concerns regarding his role as a legal representative in the proceedings before it. In addition to the duties of an applicant to cooperate with the Court (see Rule 44A of the Rules of Court; see also Rule 44C on "Failure to participate effectively", including the possibility of drawing inferences from the failure of a party "to divulge relevant information of its own motion") and to keep it informed of all circumstances relevant to his or her application (see Rule 47 § 7, former Rule 47 § 6), a representative bears a particular responsibility not to make misleading submissions (see Rule 44D).

34. It transpires from her counsel's explanation that the applicant had not only failed to inform him, and by implication the Court, of the fact that she had obtained the required medical prescription, but had also taken special precautions to prevent information about her death from being disclosed to counsel and eventually to the Court in order to stop the latter discontinuing the proceedings in her case.

35. Against this background, the Grand Chamber considers that the fact and the circumstances of the applicant's death did indeed concern the very core of the matter underlying her complaint under the Convention. It is also conceivable that had these facts been known to the Chamber they might have had a decisive influence on its judgment of 14 May 2013 concluding that there had been a violation of Article 8 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, Rule 80 of the Rules of Court; *Pardo v. France* (revision – admissibility), 10 July 1996, §§ 21-22, *Reports* 1996-III; *Pardo v. France* (revision – merits), 29 April 1997, § 23, *Reports* 1997-III; and *Gustafsson v. Sweden* (revision – merits), 30 July 1998, § 27, *Reports* 1998-V). However, there is no need for the Grand Chamber to speculate on this since in any event, in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the Chamber's judgment of 14 May 2013 has not become final.

36. According to Mr. F., the applicant's motive for withholding the relevant information had been that, regardless of the fact that the ongoing grievance arising from her own personal situation had ceased, the proceedings in her case should

continue for the benefit of other people who were in a similar situation. Whilst such a motive may be understandable from the applicant's perspective in the exceptional situation in which she found herself, the Court finds it sufficiently established that by deliberately omitting to disclose that information to her counsel the applicant intended to mislead the Court on a matter concerning the very core of her complaint under the Convention.

37. Accordingly, the Court upholds the Government's preliminary objection that the applicant's conduct constituted an abuse of the right of application within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

Holds, by nine votes to eight, that by reason of the applicant's abuse of the right of application within the meaning of Article 35 § 3(a) of the Convention, the application is inadmissible.

[OMISSIS]

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

(a) concurring opinion of Judge Silvis;

(b) joint dissenting opinion of Judges Spielmann, Ziemele, Berro-Lefèvre, Zupančič, Hajiyev, Tsotsoria, Sicilianos and Keller.

CONCURRING OPINION OF JUDGE SILVIS

The applicant ended her life by imbibing a lethal dose of sodium pentobarbital on medical prescription while a complaint concerning the denial of her right to obtain such a prescription was pending before the Court. Without having been informed about the change of circumstances, including her death, the Chamber dealt with the case and found a violation of Article 8 of the Convention, on account of a lack of clarity in Swiss law, one and a half years after the applicant had died. However, the Chamber's judgment never became final since the case was referred to the Grand Chamber. It was only after that referral that the Court was notified that the applicant had already obtained the lethal drugs and had subsequently died. Counsel for the applicant had not informed the Court of this, explaining that he had not even been aware of the change in circumstances of his client. I voted in favour of declaring the application inadmissible on grounds of abuse of the right of petition. To my mind, the alternative of just striking the case out would not have sufficiently underlined the importance of keeping the Court fully informed of new circumstances concerning the core of a complaint.

I would have preferred the Grand Chamber not to establish that the applicant had herself deliberately misled the Court. To my mind, there was no need to establish with "sufficient certainty" the applicant's personal intentions, assuming – implicitly – that she herself was fully aware of the requirements of the Rules of Court. It is preferable for the Court not to enter into the particular way clients and their professional representatives before the Court communicate with each other, as it is clearly set out in Rule 44C of the Rules of Court that they must participate effectively. Knowledge of the client's circumstances could therefore legitimately be imputed to her counsel.

As a professional, acting on behalf of his client, counsel bears the responsibility of disclosing relevant new information (Rule 47 § 6 until 6 May 2013, now 47 § 7). When this responsibility is not adequately assumed, without sufficient explanation, and the new information in question concerns the core of the complaint, then I would think that the conclusion that there has been an abuse of the right of petition should inevitably follow (see *Hüttner v. Germany* (dec.), no. 23130/04, 9 June 2006; *Predescu v. Romania*, no. 21447/03, §§ 25-26, 2 December 2008; and *Kowal v. Poland* (dec.), no. 2912/11, 18 September 2012).

Why did the Court seek to establish whether the applicant herself had deliberately misled the Court? This appears to be a consequence of the Court's earlier case-law restricting findings of an abuse of the right of petition to cases where there has been an underlying intention on the part of an applicant to mislead. By thus setting the threshold for finding an abuse of the right of petition unnecessarily high in my view, even in an extraordinary case like this, the Grand Chamber has forced itself to undertake the rather speculative exercise of establishing with "sufficient certainty" her state of mind and, implicitly, her procedural legal awareness.

In *Nold v. Germany* (no. 27250/02, § 87, 29 June 2006) the applicant's intention to knowingly mislead the Court was not yet a necessary condition for finding an abuse of the right of application, since that condition was still subject to exceptions in extraordinary case as in earlier jurisprudence. In the case of *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* ([GC], no. 38433/09, § 97, ECHR 2012) the Grand Chamber recently found that withholding information could amount to abuse of the right of petition, but that "even in such cases" the applicant's intention to mislead the Court must always be established with sufficient certainty. It seems, as has been confirmed in the present judgment, that the Grand Chamber has closed the door to the possibility of reaching a finding of abuse of the right of petition in extraordinary cases without explicitly establishing "with sufficient certainty" that the applicant intended to mislead the Court. I regret this restriction and would have favoured a change in the opposite direction since rules of procedural "hygiene" are weakened when made exclusively dependent on subjective motives as opposed to objectively verifiable reasons.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES SPIELMANN, ZIEMELE, BERRO-LEFÈVRE, ZUPANČIČ, HAJIYEV, TSOTSORIA, SICILIANOS, AND KELLER

1. While we agree that the Court cannot condone the behaviour of the applicant's representatives in this case, we are unable to share the view of the majority of the Grand Chamber that the present application is inadmissible under Article 35 § 3 (a) of the Convention on account of an abuse of the right of individual application. Unlike the majority, we consider that the threshold required for a finding of abuse of the right of individual petition has not been reached.

2. The Court's case-law on the abuse of rights is clear. Applications can only be regarded as an abuse of the right of individual application in exceptional circumstances. The Court has, for instance, held that "except in extraordinary cases, an application may only be rejected as abusive if it was knowingly based on untrue facts" (see *Knyazev v. Russia,* no. 25948/05, § 79, 8 November 2007, and *Aleksanyan v. Russia,* no. 46468/06, § 117, 22 December 2008,).

3. In the present case, it is necessary to determine whether the behaviour of the applicant's lawyer, of Mr F., or of the applicant herself is decisive.

4. In a previous case the Court found that counsel's negligent lack of awareness of the commutation of their client's life sentence and their failure to inform the Court once they learned of this fact constituted abuse of the right of individual petition (see *Bekauri v. Georgia* (preliminary objection), no. 14102/02, §§ 23-25, 10 April 2012). In another case, in which a supposed applicant had already died at the time of the submission of his application to the Court, and his signature on the application form had in fact been forged by his wife, the Court found that the forgery and the deliberate concealment of the applicant's death constituted an abuse of the right of individual petition and that the application should accordingly be rejected pursuant to Article 35 § 3. In that judgment, however, the Court held that "an application may only be rejected as abusive within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention in extraordinary circumstances, such as if an application was deliberately grounded on a description of facts omitting or distorting events of central importance" (see *Andrianova and Others v. Ukraine,* no. 10319/04, § 9, 12 December 2013). However, the circumstances of the present case do not indicate any intent to mislead the Court on the part of the applicant's counsel, who – at the applicant's request – had no direct contact with his client.

5. Second, we note that, according to the Court's case-law, a finding of abuse of the right of individual petition is only possible if an applicant intentionally misled the Court, "especially if the information concerns the very core of the case and no sufficient explanation is given for the failure to disclose that information" (see *A.L. v. Poland*, no. 28609/08, § 47, 18 February 2014, with references). We consider that this intent must be established with a sufficient degree of certainty (see *Mirolubovs v. Latvia,* no. 798/05, § 63, 15 September 2009) and, at least to a certain degree, be attributable to the individual applicant in a given case (see, by contrast, *Bekauri v. Georgia*, cited above, §§ 21-25). In order to penalise an abuse of process by an applicant's representatives, the Court can use a tool more closely tailored to such situations by banning them from representing future applicants (Rule 36 § 4 (b) of the Rules of Court; see also *Petrović v. Serbia and 10 other applications*, no. 56551/11, decision of 18 October 2011).

6. The majority accepted that the necessary intent was present owing to the fact that the applicant's intermediary, Mr F., "purposely refrained" from informing the applicant's counsel of her death (see paragraph 32 of the judgment). The majority also expressed concern about the fact that the applicant's counsel had failed to maintain direct contact with her (see paragraph 33 of the judgment). However, the decisive factor here should not be the intent of the applicant's representatives. Whatever their role in concealing the applicant's death from the Court, this cannot be attributed to the applicant.

7. Furthermore, we draw attention to the pejorative nature of the majority's finding. The inadmissibility of an application due to the abuse of the right of individual petition carries a certain stigma. Ms Gross, deceased, was unable to submit her own views regarding the majority's assessment and her memory is now burdened with the stigmatizing effect of the present judgment.

8. Lastly, we are mindful of the fact that the qualification "abuse of rights" is reserved for cases which cause the Court to "waste its efforts on matters obviously outside the scope of its real mission, which is to ensure the observance of the solemn, Convention-related, engagements undertaken by the States Parties" (see *Petrović*, cited above). In the present context, we note that the number of assisted suicides is high and unlikely to abate in the near future. In the case of Switzerland, for exam-

ple, the number of foreign residents who travel to the country to seek assistance in taking their own lives is not negligible. Accordingly, we do not consider the Court's efforts to have been wasted: the issue of assisted suicide is likely to engender future applications to the Court and thus certainly merits examination. We observe that there is undoubtedly a European dimension to this issue: travel to Switzerland by people wishing to end their lives, for the purpose of availing themselves of the services of assisted-suicide organisations, has triggered heated discussions in various Contracting States[1].

9. In our view, the Court should have expressed serious doubts as to the question whether the applicant intended to mislead the Court, but should have ultimately left this issue open as the application could have been struck out under Article 37 § 1 (c) of the Convention. The applicant passed away without leaving any heirs or descendants. Under the specific circumstances of the case, the Court should have decided that it was no longer justified to continue its examination within the meaning of Article 37 § 1 (c), without qualifying Ms Gross's behaviour as an abuse of rights.

Fonte: www.echr.coe.int

[1] See, for example, the debate in the United Kingdom surrounding the draft Assisted Dying Bill [HL] 2014-15, which is currently before the House of Lords.

Corte europea dei diritti dell'uomo
Case of Church of scientology of St Petersburg and others v. Russia
Sentenza del 2 Ottobre 2014 (ric. n. 47191/06)

Nuovi movimenti religiosi – Scientology – Libertà di riunione e di associazione – Registrazione delle confessioni religiose – Libertà religiosa.

[omissis]

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 47191/06) against the Russian Federation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by the Church of Scientology of St Petersburg and six Russian nationals whose names are set out below ("the applicants"), on 17 November 2006.

2. [omissis]

3. The applicants complained about the arbitrary denial of legal-entity status to their Scientology group.

4. On 26 January 2011 the application was communicated to the Government.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. [omissis]

6. In 1984, a first group of Scientologists appeared in St Petersburg under the leadership of Mr M. Goldberg. By the end of the 1980s it had split into two smaller groups, one of which was led by the second applicant.

7. On 23 March 1995 the second applicant, together with nine other founder members of the "Church of the Scientology Mission in St Petersburg", applied for registration of their group. Having received no response for more than two years, the second applicant pressed the authorities for an explanation. The St Petersburg Justice Department replied that their application had been sent to the State Duma's Expert Consultative Council for an opinion by an expert in legal and religious studies but had received no response, and it had been decided to "leave the application unconsidered".

8. On 7 February 2002 the individual applicants, together with other fellow believers, submitted a new application for registration of the applicant group as a local religious organisation. The municipal council of municipal circuit no. 20 of St Petersburg provided the applicants with a letter which stated:

"In accordance with section 11 (5) of the Religions Act and on the basis of the application and documents provided, the municipal council ... confirms that the religious group of Scientologists has existed in St Petersburg since 1984."

9. On 6 March 2002 the St Petersburg Justice Department refused the application, citing three technical grounds relating to the application documentation. On 7 March 2002 the applicants corrected these defects and resubmitted the application.

10. On 3 April 2002 the Justice Department notified the applicants that it had extended the period for consideration of the application because of the "necessity of conducting a State expert religious study".

11. On 11 September 2002 the Justice Department issued a formal refusal of the resubmitted application. The refusal made no reference to any religious study but instead cited eight different technical grounds and asserted that the confirmation of the applicant group's existence in St Petersburg for at least fifteen years was "unreliable", without giving further details.

12. On 24 October 2002 the applicants resubmitted a corrected application which was refused on 22 November 2002, referring to the eight new technical grounds and the "unreliability" of the group's existence for fifteen years. It also stated that an unspecified expert religious study had concluded that the applicant group was non-religious in nature.

13. On 19 December 2002 the second applicant asked the Justice Department to explain the basis for its claim regarding the "unreliability" of the group's existence and to provide her with a copy of the religious study. In a letter of 8 January 2003, the Justice Department declined to give any clarification, referring to its discretionary power to refuse applications.

14. The third applicant complained to the Ombudsman about the Justice Department's actions. In response to a subsequent enquiry from the Ombudsman's office, the Justice Department supplied a copy of the religious study, dated 19 November 2002 and authored by Mr I., an academic secretary at the State Museum of the History of Religion in St Petersburg.

15. On 11 February 2003 the Ombudsman notified the head of the Justice Department that the religious study had breached the established procedure for conducting religious studies, as approved by Government Regulation no. 565. The study had not been approved by majority vote of the panel of experts duly appointed under the terms of the Regulation and therefore reflected nothing more than Mr I.'s personal opinion.

16. On 17 April and 14 August 2003 the applicants submitted a fifth and a sixth registration application, which were refused on 14 May and 8 September 2003 respectively. On each occasion, the Justice Department cited a number of new technical grounds that it had not relied upon in the previous refusal: it also referred to the expert religious study and the assertion that the confirmation of the applicant group's existence for at least fifteen years had been "unreliable".

17. Responding to a further request for clarification by the applicant Ms Shurinova, on 31 July 2003 the Justice Department stated that she did not have a right of access to the documents supporting the conclusion that the information purportedly confirming the existence of the religious group for fifteen years was unreliable, and that the law did not require it to provide any explanation as to the reasons for refusing State registration.

18. On 11 October 2003 the applicants challenged the Justice Department's refusals in court. The first hearing on the merits was held on 21 September 2005, and further hearings were held on 1 November and 20 December 2005.

19. On the latter date the Oktyabrskiy District Court of St Petersburg gave judgment, holding that the refusal had been lawful. In respect of the Justice Department's rejection of the confirmation letter, it stated:

"Having examined the letter of 16 February 2002 and the reply from the municipal council to the enquiry from the [Justice Department] concerning the documents that served as the basis for the letter, the court concludes that the applicants have not supplied evidence that there was only one religious group of Scientologists in St Petersburg that included the applicants and that the letter was given to their particular group. One cannot exclude the possibility that there were many groups practising this creed in St Petersburg and that the letter confirms the existence of one of the [other] groups of Scientologists, and not the religious group of Scientologists that decided to create the local religious organisation 'Church of Scientology of St Petersburg'...

Even if any of the participants in the religious group that currently includes the applicants had studied Scientology in St Petersburg since 1984 and had participated in Scientologist rituals and ceremonies and in auditing, that does not prove that he or she did so within one and the same continuously operating, stable religious group that currently includes the applicants, as opposed to some other group that currently does or does not exist, and [later] ended up forming part of the applicants' group.

In addition, the court takes into consideration the following.

The St Petersburg Law no. 111-35 of 23 June 1997 on Local Authorities, which establishes an exhaustive list of matters that come within the competence of municipal councils in St Petersburg (section 8), did not place the registration of religious organisation or the issuing of letters confirming the existence of a religious group in St Petersburg within the competence of municipal bodies.

There is no St Petersburg law that confers such powers upon municipal bodies.

On the basis of the above, it follows that the [municipal council] was not competent to issue such letters.

Furthermore, as can be seen from the municipal council's reply ... to the court's enquiry, the [municipal council] was formed on 8 February 1998 and registered by order no. 111 of 27 May 1998 of the Legislative Assembly of St Petersburg, so it cannot reliably confirm the existence of any religious group before its formation in 1998..."

20. As to the Justice Department's reliance on Mr I.'s religious study, the court noted that at the time of the study's preparation no expert panel had been appointed in St Petersburg under the terms of the Regulation, even though the Justice Department had "undertaken all possible measures" to comply with the Regulation. The court did not make any assessment of the legal significance of Mr I.'s religious study.

21. The applicants appealed.

22. On 24 May 2006 the St Petersburg City Court rejected their appeal, endorsing the first-instance court's findings that the municipal council was not authorised by law to provide confirmation of the religious group's existence or the claim that it had been one and the same group of Scientologists who had existed for fifteen years.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Religions Act

23. On 1 October 1997 the Federal Law on the Freedom of Conscience and Religious Associations (no. 125-FZ of 26 September 1997 – "the Religions Act") entered into force.

24. A "religious association" is a generic term for any voluntary association of Russian nationals formed for the joint profession and dissemination of their creed

(section 6(1)). "Religious associations" may take the form of either "religious groups" or "religious organisations" (section 6(2)).

25. A "religious group" is a voluntary association of citizens for the profession and dissemination of faith, which carries out its activities without State registration and without obtaining legal personality (section 7(1)). In contrast to a religious group, a "religious organisation" is a voluntary association of Russian nationals and permanent residents of Russia formed for the profession and dissemination of faith and duly registered as a legal entity (section 8(1)).

26. The relevant part of section 7 provides:

"2. Citizens who form a religious group with the intention of further transforming it into a religious organisation shall inform the local administrative authority of creation thereof and the beginning of its activity ..."

27. The relevant part of section 11 provides:

"5. For State registration of a local religious organisation, the founders shall submit to the competent territorial division of the federal registration authority ...

... a document issued by a local administrative authority confirming the existence of the religious group on the given territory for a period no shorter than fifteen years ..."

B. State expert religious studies

28. Government Regulation no. 656 of 3 June 1998 on the procedure for State religious expert studies provides in particular:

"2. A State religious expert study (hereinafter – expert study) ... is conducted following a decision by the registration authority ... if it is necessary for the registration authority to carry out additional research into whether the organisation is recognised as being a religious one and in order to verify information concerning its fundamental religious teachings and its corresponding practice ...

4. Expert studies are conducted by expert panels that have been specifically set up for this purpose... by the executive branch of the Russian region...

10. The examination of a registration authority's enquiry concerning a specific religious organisation shall, as a rule, be carried out in the presence of its authorised representative, who shall be invited in good time to attend the hearing before the expert panel...

11. Once the expert panel has carried out the study of the presented documents, it will adopt an expert opinion that contains reasoned findings concerning the possibility (or impossibility) of recognising the organisation as a religious one and the reliability of information concerning the fundamentals of its creed and practices. The expert opinion shall be deemed adopted if it has been approved by a majority of members of the expert panel."

C. Municipal bodies' authority to issue confirmation letters

29. Methodological recommendations on the application of certain provisions of the Religions Act by Justice Departments (a circular letter issued by the Ministry of Justice, no. 08-18-257-97 of 24 December 1997) stated:

"...2. What are the requirements for a document confirming the existence of a religious group for no less than fifteen years? What can serve as evidence of the accuracy of this period?

The law does not specify any procedure for maintaining a list of religious groups with municipal bodies or the issuing of confirmations or the form thereof. In this connection it would be expedient to regulate this procedure in a legal act of the [relevant] region of the Russian Federation. As for evidence of the length of existence of the religious group, this should be provided to the municipal body by the group itself in the form of information about the State registration and local listing with the former Council for Religious Affairs under the USSR Council of Ministers, archive materials, court decisions, witness testimony and other forms of evidence."

III. RELEVANT COMPARATIVE MATERIAL

30. In Latvia, the Law on Religious Organisations of 7 September 1995 provides that a religious organisation may be founded by no fewer than twenty adult Latvian nationals (section 7 (1)). The list of documents accompanying an application for registration of a congregation includes the articles of association, a list of founders, the minutes of the first meeting, and evidence of payment of a registration fee (section 9). A religious organisation acquires the status of a legal entity from the moment of registration (section 13 (1)).

31. In Romania, Law 489/2006 on the Freedom of Religion and the General Status of Denominations defines a religious association as a private-law legal entity made up of individuals who practice the same religion (section 6 (2)). A religious association obtains legal-entity status by registering with the Registry of Religious Associations upon production of the following documents: the articles of association, a declaration of faith, evidence of existence of a head office, consultative opinion from the Ministry of Culture and Religious Denominations, and evidence that the chosen name is available (sections 40 and 41). A religious denomination is a public-utility legal entity that is eligible for tax breaks and State subsidies; it acquires its status through a Government decree after having existed on Romanian territory, as a religious association, for at least twelve years and having a membership of Romanian nationals equal to at least 0.1% of the population (sections 8(1), 11, 12, 17 and 18).

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 9 OF THE CONVENTION INTERPRETED IN THE LIGHT OF ARTICLE 11

32. The applicants complained under Articles 6, 9, 10, 11 and 14 of the Convention about the refusal to register the applicant group as a legal entity. The Court reiterates that, in the absence of a European consensus on the religious nature of Scientology teachings, and being mindful of the subsidiary nature of its role, it must rely on the position of the domestic authorities in the matter and determine the applicable Convention provision in the light of it (see *Kimlya and Others v. Russia*, nos. 76836/01 and 32782/03, § 79, ECHR 2009, and *Church of Scientology Moscow v. Russia*, no. 18147/02, § 64, 5 April 2007). The Court need not determine whether or not Scientology is a religion because it can defer to the judgment of the Russian authorities on that matter. In contrast to the *Kimlya* and *Church of Scientology Moscow* cases, in which the Russian authorities explicitly concurred regarding the religious nature of the applicant Scientology organisations, the religious study in the instant case concluded that the nature of the applicant group was non-religious. Alleged legal defects in the study, including the manner in which it had been prepared, were a matter of controversy in the domestic proceedings. What is decisive for the Court, however,

is that the reason for refusing the registration of the applicant group – which had ultimately been endorsed by the Russian courts – was the legal provision establishing a special fifteen-year waiting period that applies only to religious organisations. In these circumstances, the Court sees no need to distinguish the present case from the *Kimlya* case, which concerned the same reason for refusing registration. It therefore considers that the complaint must be examined from the standpoint of Article 9 of the Convention, interpreted in the light of Article 11 (see *Kimlya*, cited above, § 81). These provisions read:

Article 9. Freedom of thought, conscience and religion

"1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

Article 11. Freedom of assembly and association

"1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others ...

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. ..."

A. Admissibility

33. The Court notes that the complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. Submissions by the parties

34. The Government acknowledged that the refusal to register the applicant group constituted an interference with the applicants' right to freedom of religion. In their view, the interference was "prescribed by law" and all the refusals of registration had been based on the relevant legal provisions. The interference pursued a legitimate aim, namely that of protecting public order (they referred to *Kimlya*, cited above, § 97). The Government justified the interference as having been necessary in a democratic society for suppressing manifestations of religious discord (they referred to *Wingrove v. the United Kingdom*, 25 November 1996, § 58, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, and *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 20 September 1994, § 50, Series A no. 295-A). They also claimed that similar waiting periods were provided for by the laws of some other Member States. According to their information, Austrian law set the waiting period at twenty years, Latvian law at twenty-five years, and Romania's Law no. 489 of 28 December 2006 provided that religious denominations, other than the eighteen listed in the law, may be recognised if they can prove their existence in the country for at least twelve years.

35. The applicants pointed out that the sole reason for the St Petersburg City Court's upholding the refusal to register the applicant group as a religious organisation had been the lack of a reliable document confirming its presence in St Petersburg for fifteen years. They contended that the refusal had not been "prescribed by law" because the law did not meet the standards of clarity and foreseeability required under the Convention. Referring to Article 132 of the Russian Constitution and sections 7(2) and 11(5) of the Religions Act, the applicants submitted that the law expressly authorised local authorities to issue letters confirming the length of a group's existence and that the courts' rejection of the confirmation letter on the basis of an alleged lack of authority was unreasonable. Furthermore, whereas the Religions Act required only formal presentation of a confirmation letter, the courts had rejected it as "unreliable" with reference to arbitrary criteria that were not prescribed by law and had imposed an unforeseeable and unattainable threshold.

36. The applicants further argued that the fifteen-year waiting period did not pursue any legitimate aim and that it was apparent from contemporary parliamentary records that the motivation behind the adoption of the Religions Act had been the desire to introduce a legislative regime that would discriminate against "foreign" minority religious groups in favour of "traditional" religions (the records are cited in *Kimlya*, § 50). The Government's reliance on the *Wingrove* and *Otto-Preminger-Institut* judgments had been misconceived, as these cases had been decided under Article 10 and had concerned specific acts offending others' religious beliefs. The applicants, on the other hand, had never engaged in any offensive expressions of their beliefs or otherwise offended religious sensibilities of others. They maintained that the applicable standard should be the one that favours religious pluralism, even where there is religious tension and division within society (they referred to *Serif v. Greece*, no. 38178/97, § 53, ECHR 1999-IX, and *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 31, Series A no. 260-A). Finally, the Government's contention that the waiting period reflected democratic standards acceptable in other Member States was not borne out by the facts. The Austrian system gave rise to the Court's finding of a violation in *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria* (no. 40825/98, § 79, 31 July 2008), the Latvian 1995 Law on Religious Associations did not contain any such requirements, and in Romania the waiting period is relevant only to attaining the status of a "religious denomination", a special form that enjoys certain public-law privileges including State subsidies. No such waiting period is required for the status of a "religious association", which confers upon the religious community legal entity status and other rights under the law.

2. The Court's assessment

37. The Court reiterates that the ability to establish a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interest is one of the most important aspects of the freedom of association and that a refusal by the domestic authorities to grant legal-entity status to an association – religious or otherwise – of individuals amounts to an interference with the exercise of the right to freedom of association (see *Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no. 44158/98, § 52 *et passim*, ECHR 2004-I, and *Sidiropoulos and Others v. Greece*, 10 July 1998, § 31 *et passim*, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV). The authorities' refusal to register a group directly affects both the group itself and also its presidents, founders or individual members (see *The United Macedonian Organisation Ilinden and Others v. Bulgaria*, no. 59491/00, § 53, 19 January 2006; *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, no. 46626/99, § 27, 3 February 2005; and *APEH Üldözötteinek Szövetsége and Others v.*

Hungary (dec.), no. 32367/96, 31 August 1999). In cases where the organisation of a religious community has been in issue, a refusal to recognise it as a legal entity has also been found to constitute an interference with the right to freedom of religion under Article 9 of the Convention, as exercised by both the community itself and its individual members (see *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others*, cited above, §§ 79-80, and *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, no. 45701/99, § 105, ECHR 2001-XII).

38. In *Kimlya*, the Court observed that, pursuant to Russia's Religions Act, a "religious group" without legal personality cannot possess or exercise the rights associated exclusively with the legal-entity status of a registered "religious organisation" – such as the rights to own or rent property, to maintain bank accounts, to ensure judicial protection of the community, to establish places of worship, to hold religious services in places accessible to the public, or to produce, obtain and distribute religious literature – which are essential for exercising the right to manifest one's religion (see *Kimlya*, cited above, §§ 85-86, with further references). Thus, the restricted status afforded to "religious groups" under the Religions Act did not allow members of such a group to enjoy effectively their right to freedom of religion, rendering such a right illusory and theoretical rather than practical and effective, as required by the Convention (see *Kimlya*, cited above, § 86, with further references).

39. Accordingly, the Court finds that a refusal by the domestic authorities to grant legal-entity status to the applicant group amounted to an interference with the applicants' rights under Article 9 interpreted in the light of Article 11. Such an interference will constitute a breach of Articles 9 and 11 unless it was "prescribed by law", pursued one or more of the legitimate aims set out in paragraph 2 of that provision, and was "necessary in a democratic society" for the achievement of those aims.

40. The Court observes that the grounds for refusing the registration of the applicant group were not consistent throughout the time the applicants were attempting to obtain registration (compare *Church of Scientology Moscow*, cited above, § 88, and *Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, no. 72881/01, § 78, ECHR 2006-XI). They submitted six registration applications and the registration authority rejected all of them, each time citing some new grounds that it had not previously relied upon. The most recent refusal referred to the absence of a document confirming the group's fifteen-year existence, the allegedly non-religious nature of the group, and some technical defects in its articles of association. The findings of the District Court, however, as upheld on appeal by the City Court, focused exclusively on the defects in the fifteen-year confirmation letter and did not rely upon any of the other grounds in dismissing the applicants' complaint. In this respect, the Court reiterates that its task is not to take the place of the national authorities and to re-hear all the parties' arguments. The interpretation and proper application of domestic law is left primarily to the domestic judicial authorities but is subject to the Court's overriding supervisory function. It must accordingly defer to the judgment of Russian courts and limit the scope of its review to the grounds for the interference that they chose to uphold in the domestic proceedings.

41. The first requirement of paragraph 2 of Articles 9 and 11 is that the interference should be "prescribed by law". The expression "prescribed by law" not only requires that the impugned measures should have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, which must be sufficiently accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects, that is to say, formulated with sufficient precision to enable the individual – if need be with appropriate advice

– to regulate his conduct (see *Metropolitan Church of Bessarabia*, cited above, § 109).

42. In *Kimlya*, the effect of the legal provision requiring a confirmation letter showing the group's existence in a given territory for at least fifteen years was apparent and unambiguous: the absence of that letter entailed *ipso facto* a refusal of registration. By contrast, in the present case the applicants were able to produce the required letter but the Russian authorities rejected it for defects of form. In particular, the Russian courts held that the municipal council was not authorised to issue such letters, and that the available evidence did not permit the conclusion that the applicant group had been in existence for at least fifteen years. Accordingly, the Court is called upon to verify whether these grounds had a legal basis under Russian law and whether the manner in which the courts interpreted and applied the relevant legal provisions was foreseeable and free from arbitrariness.

43. As for the municipal council's authority to issue confirmation letters, the Court notes that the domestic courts' analysis focused exclusively on the provisions of the St Petersburg law on local authorities, that is to say, a regional legal act that is subordinate to federal legislation in the Russian legal system. The courts did not heed the provisions of the federal Religions Act, which expressly provides that the founders of a religious group should notify a local authority of the establishment thereof (section 7(2)) and that a local authority should subsequently issue a document confirming the group's existence for fifteen years (section 11(5)). If there was a lacuna in the St Petersburg law which did not properly transpose the provisions of the federal Religions Act regarding the competence of municipal councils vis-à-vis religious associations, the Religions Act was still applicable and the rejection of the applicants' confirmation letter for this reason was not "prescribed by law".

44. In so far as the District Court held that the municipal council could not confirm the applicant group's existence prior to its own incorporation in 1998, the Court notes that the Religions Act does not contain the requirement that the local authority issuing the confirmation document in accordance with section 11(5) should be one and the same entity that has existed without interruption since the religious group filed notice of its establishment under section 7(2). In any event, the applicant group cannot reasonably be expected to bear the consequences of the re-organisation of local authorities and to ensure continuity of their archives. Moreover, the Ministry of Justice's Methodological Recommendations expressly acknowledged that no particular procedure for issuing confirmation documents was prescribed by law and that evidence of a religious group's existence should be supplied by the group itself (see paragraph 29 above). It follows that this ground was likewise devoid of any legal basis.

45. Finally, the District Court found that the applicants were unable to adduce evidence showing that no other groups of Scientologists existed in St Petersburg and that the composition of the applicant group had remained continuous and stable throughout the entire fifteen-year period. The District Court did not refer to any legal provision that would require the applicants to submit such evidence and no legal basis for that requirement was cited by the City Court or the Government in their observations. The Court accordingly concludes that the requirement to produce such evidence was arbitrary and unforeseeable in its effects for the applicants.

46. In sum, the Court has found that none of the grounds invoked by the domestic courts for rejecting the confirmation document was based on an accessible and foreseeable interpretation of domestic law.

47. Where it has been shown that interference was not in accordance with the law, it is not necessary to investigate whether it also pursued a "legitimate aim"

or was "necessary in a democratic society". Nevertheless, the Court considers it important to reaffirm its position that the lengthy waiting period which a religious organisation has to endure prior to obtaining legal personality cannot be considered "necessary in a democratic society" (see *Kimlya*, cited above, §§ 99-102, and *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others*, cited above, §§ 78-80). In so far as the fifteen-year waiting period under Russia's Religions Act affected only newly emerging religious groups that did not form part of a hierarchical church structure, there was no justification for such differential treatment. A provision such as this was peculiar to Russian law and there were no other member States of the Organization for Security and Co-operation in Europe that required a religious organisation to prove such a lengthy existence before registration was permitted (see *Kimlya*, cited above, § 98). The Court has already had occasion to find a violation on account of a similar provision in Austrian law (see *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others*, cited above, §§ 78-80), whilst the Russian Government's claim that Latvian and Romanian laws imposed waiting periods on base-level religious communities was mistaken (see paragraphs 30 and 31 above).

48. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that there has been a violation of Article 9 of the Convention, interpreted in the light of Article 11.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

49. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

A. Damage

50. The applicants claimed 20,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage.

51. The Government considered the claim to be excessive.

52. The Court awards the applicants jointly EUR 7,500 in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable.

B. Costs and expenses

53. The applicants did not claim any costs or expenses. Accordingly, there is no call to make an award under this head.

C**. Default interest**

54. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Declares* the application admissible;

2. *Holds* that there has been a violation of Article 9 of the Convention, interpreted in the light of Article 11;

3. *Holds*

(a) that the respondent State is to pay the applicants jointly, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, EUR 7,500 (seven thousand five hundred euros) in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable, to be converted into the currency of the respondent State at the rate applicable at the date of settlement;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

4. *Dismisses* the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

[OMISSIS]

Fonte: www.echr.coe.int

Presentazione

La sezione della Giurisprudenza civile di questo numero della *Rivista* si presenta molto interessante perché tocca tematiche di grande attualità.

Si parte dalla *Circolare del 7 0ttobre 2014* del *Ministero dell'Interno* riguardante la Trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero. La giurisprudenza, in tale materia, è ormai copiosa: *Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 19 maggio 2014, n. 10956* (Matrimonio concordatario delibazione della sentenza ecclesiastica e termini di comparizione in giudizio); *Corte di Appello di Firenze, Decreto 23 settembre 2014* (Matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero, trascrizione nei registri dello stato civile e potere di sovraordinazione dell'amministrazione statale); *Tribunale Civile di Pesaro, Decreto 21 ottobre 2014* (Matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero e cancellazione della trascrizione nei registri dello stato civile); *Tribunale dei minorenni di Roma, Sentenza 30 giugno-30 luglio 2014* (Matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero e adozione di un figlio biologico di una di esse); *Tribunale di Milano, Sentenza 17 luglio 2014* (Matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero e non trascrivibilità del relativo atto nei registri dello stato civile); *Tribunale di Milano, Sentenza 2 luglio 2014* (Matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero e non trascrivibilità del relativo atto nei registri dello stato civile).

In tema di delibazione di sentenze ecclesiastiche dichiarative di nullità matrimoniale, risultano importanti le seguenti decisioni: *Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza 17 luglio 2014, n. 16379* (Matrimonio concordatario, delibazione e convivenza prolungata), commentata da Raffaele Balbi; *Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 22 maggio-18 settembre 2014, n. 19691* (Delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, incapacità ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio e ordine pubblico); *Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Ordinanza 11 luglio-3 settembre 2014, n. 18647 (*Matrimonio, indissolubilità del vincolo religioso, convinzioni religiose e manifesta infondatezza dell'eccezione della legittimità costituzionale dell'art. 2 l. 898/1970); *Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 16 luglio 2014, n. 16284* (Delibazione della sentenza ecclesiastica, disturbo bipolare e dati sanitari concessi senza il consenso della parte interessata); *Corte di Cassazione, Sezione Sesta Civile, Ordinanza 3 luglio 2014, n. 15186* (Matrimonio, cessazione degli effetti civili e competenza territoriale sulla domanda); *Corte di Cassazione. Sezione Prima Civile, Sentenza 29 aprile-21 maggio 2014, n. 11226* (Matrimonio canonico, nullità per esclusione della prole e delibazione della sentenza ecclesiastica); *Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 19 maggio 2014, n. 10956* (Matrimonio concordatario Delibazione della sentenza ecclesiastica e termini di comparizione in giudizio); *Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 31 marzo 2014, n. 7481* (Delibazione e provvedimenti patrimoniali), con commento di Concetta Marino.

In chiusura, si porta in evidenza il Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale nr. 162/2014 della *Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, 4 settembre 2014*.

Ministero dell'Interno
Circolare 7 ottobre 2014

Trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero.

Sono stati posti all'attenzione degli uffici ministeriali alcuni provvedimenti sindacali che prescrivono agli ufficiali di stato civile di provvedere alla trascrizione dei matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso.

Tali "direttive", ad ogni evidenza, non sono conformi al quadro normativo vigente. E ciò in quanto la disciplina dell'eventuale equiparazione dei matrimoni omosessuali a quelli celebrati tra persone di sesso diverso e la conseguente trascrizione di tali unioni nei registri dello stato civile rientrano nella competenza esclusiva del legislatore nazionale.

Sul punto, va innanzitutto rilevato che, nonostante la trascrizione abbia natura meramente certificativa e dichiarativa: la sola sussistenza dei requisiti di validità previsti dalla *lex loci,* quanto alla forma di celebrazione, non esime l'ufficiale di stato civile dalla previa verifica della sussistenza dei requisiti di natura sostanziale in materia di stato e capacità delle persone.

Al riguardo, occorre fare riferimento, in primo luogo, all'art. 27, comma 1, della legge 31 maggio 1995, n. 218 ("*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*"), secondo cui "*la capacità matrimoniale* e *le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio*", quindi all'art. 115 del codice civile, secondo cui "*il cittadino* è *soggetto alle disposizioni contenute nella sezione prima di questo capo, anche quando contrae matrimonio in paese straniero secondo le forme ivi stabilite*".

Pertanto, al di là della validità formale della celebrazione secondo la legge straniera, l'ufficiale di stato civile ha il dovere di verificare la sussistenza dei requisiti sostanziali necessari affinché la celebrazione possa produrre effetti giuridicamente rilevanti.

Non vi è dubbio che, ai sensi del codice civile vigente, la diversità di sesso dei nubendi rappresenti un requisito necessario affinché il matrimonio produca effetti giuridici nell'ordinamento interno, come è chiaramente affermato dall'art. 107 c.c., in base al quale l'ufficiale dello stato civile "*riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito* e *in moglie,* e *di seguito dichiara che esse sono unite in matrimonio*".

Infatti, come è stato affermato dalla Corte di Cassazione *l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende non più dalla loro inesistenza* e *neppure dalla invalidità, ma dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano.*

Tali conclusioni non mutano neppure se la questione venga esaminata sul piano della legittimità costituzionale ovvero in relazione al contesto europeo.

Con riferimento al primo aspetto, infatti, la Corte costituzionale, sin dalla nota pronuncia n. 138 del 2010, ha statuito che l'art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di

matrimonio come unione tra persone di sesso diverso e questo significato non può essere superato. Né, con riferimento all'art. 3, comma 1, Cost., le unioni omosessuali possono essere ritenute *tout court* omogenee al matrimonio, quantunque la Corte abbia stabilito che tra le formazioni sociali in grado di favorire il pieno sviluppo della persona umana nella vita di relazione rientra anche l'unione omosessuale. Tuttavia, secondo la medesima giurisprudenza, spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua discrezionalità politica, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per tali unioni.

Per quanto, invece, concerne il riferimento al contesto europeo, non possono risultare dirimenti i richiami alle disposizioni di cui agli articoli 12 della CEDU e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nota anche come "Carta di Nizza", in quanto entrambe, anziché vincolare legislatori nazionali, rimettono a questi ultimi la decisione in materia.

Alla luce del quadro ordinamentale delineato e considerato che spetta al Prefetto, ai sensi dell'art. 9 del d.P.R. 396/2000, la vigilanza sugli uffici dello stato civile, si richiama l'attenzione delle SS.LL. sull'esigenza di garantire che la fondamentale funzione di stato civile, esercitata, in ambito territoriale, dal Sindaco nella veste di ufficiale di Governo, sia svolta in piena coerenza con le norme attualmente vigenti che regolano la materia.

Pertanto, ove risultino adottate "direttive" sindacali in materia di trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero – e nel caso sia stata data loro esecuzione le SS.LL. rivolgeranno ai Sindaci formale invito al ritiro di tali disposizioni ed alla cancellazione, ove effettuate, delle conseguenti trascrizioni, contestualmente avvertendo che, in caso di inerzia, si procederà al successivo annullamento d'ufficio degli atti illegittimamente adottati, ai sensi del combinato disposto degli articoli 21 *nonies* della legge 241 del 1990 e 54, commi 3 e 11, del d.lgs 267/2001.

Le SS.LL. vorranno, infine, sensibilizzare i funzionari addetti alle verifiche anagrafiche a porre particolare attenzione, nello svolgimento di tali adempimenti, sulla regolarità degli archivi dello stato civile prescritta dall'art. 104 del d.P.R. 396/2000.

Fonte: www.interno.gov.it

Corte di Cassazione. Sezioni Unite Civili
Sentenza 17 luglio 2014, n. 16379

Matrimonio concordatario – Delibazione – Convivenza prolungata – Ordine pubblico – Esclusione della indissolubilità del vincolo

Ai fini specifici che rilevano in questa sede, ovvero la composizione del contrasto giurisprudenziale in merito alla fatto se la convivenza prolungata possa rappresentare una condizione di violazione dell'ordine pubblico interno (ostativa dunque della dichiarazione d'efficacia nell'ordinamento civile della sentenza di nullità del matrimonio pronunciata dal giudice ecclesiastico), il Collegio ritiene di potere prendere a riferimento – in ragione delle strette analogie tra le due fattispecie – i commi 1 e 4 dell'art. 6 della legge n. 184 del 1983 (Diritto del minore ad una famiglia) nel testo sostituito dall'art. 6, comma 1 della legge n. 149 del 2001, secondo i quali "L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tra anni". Al riguardo, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi tra l'altro sulla legittimità di tale disposizione originaria, nella parte in cui disponeva che ai fini della adottabilità che i coniugi potessero vantare anche una convivenza prematrimoniale di almeno 10 anni, ha sul punto precisato di appoggiare la "scelta adottata dal legislatore italiano che, al pari di numerosi legislatori europei, intende il matrimonio … non solo come 'atto costitutivo' ma anche come 'rapporto giuridico', vale a dire come vincolo rafforzato da un periodo di esperienza matrimoniale, in cui sia perdurante la volontà di vivere insieme"; ed ha dichiarato infine che "il criterio dei tre anni successivi alle nozze si configura come requisito minimo presuntivo a dimostrazione della stabilità del rapporto matrimoniale" (n. 2 delle considerazioni in diritto, della sentenza n. 281 del 1994).

Dalla lettura di tali disposizioni pare evidente la loro possibile riferibilità alle fattispecie in esame (in particolare, gli argomenti fondati sulla distinzione matrimonio-atto e matrimonio rapporto, sulla valorizzazione della convivenza coniugale con le caratteristiche di stabilità ed omogeneità, e soprattutto sul criterio dei tre anni successivi alle nozze). Ciò porta ad affermare che la convivenza dei coniugi, protrattasi per almeno tre anni dalla celebrazione del matrimonio, in quanto costitutiva di una situazione giuridica disciplinata da norme di "ordine pubblico interno italiano", anche in applicazione dell'art. 7, comma 1 della Costituzione e del principio supremo di laicità dello Stato, osta alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica Italiana delle sentenze di nullità del matrimonio concordatario. In ogni caso ciò non può essere eccepito dal p.m. né rilevato d'ufficio dal giudice della delibazione o dal giudice di legittimità.

Fonte: www.olir.it

Efficacia civile delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale e convivenza coniugale: la decisione (17 luglio 2014, n. 16379) delle Sezioni Unite Civili della Cassazione

Raffaele Balbi

1. Le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione hanno finalmente dato una risposta ad una serie di interrogativi: la convivenza coniugale dopo le nozze costituisce, sotto il profilo dell'ordine pubblico, una condizione che impedisce la dichiarazione di efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio? In caso affermativo, tale limite alla delibazione dipende dalla natura del vizio accertato dalla sentenza del tribunale ecclesiastico? Come deve essere intesa la convivenza " come coniugi"? Essa può essere rilevabile di ufficio, come un limite di ordine pubblico, dalla Corte di appello attraverso un'apposita istruzione probatoria? Il contrasto con l'ordine pubblico, che risulti dagli atti, può essere anche riscontrabile dal Supremo Collegio senza che ci sia alcuna istruttoria?

Le risposte della Corte sono molto chiare: la convivenza "come coniugi" (da intendersi non come mera coabitazione, ma come "consuetudine di vita coniugale comune, stabile e continua nel tempo ed esteriormente riconoscibile attraverso corrispondenti, specifici fatti e comportamenti dei coniugi" e come fonte di un insieme di diritti e doveri inviolabili), qualora si sia protratta per almeno tre anni dalla celebrazione del matrimonio, costituisce una situazione che non permette la delibazione della sentenza canonica la quale abbia dichiarato la nullità per qualsiasi vizio genetico del matrimonio.

Inoltre la convivenza coniugale nella sua portata ostativa – precisano le Sezioni Unite – non è rilevabile né dalla Corte di appello, né dal Supremo Collegio: essa "deve qualificarsi come eccezione in senso stretto (*exceptio iuris*) opponibile da un coniuge alla domanda di delibazione proposta dall'altro coniuge" e darà luogo, quindi, ad un'apposita istruzione probatoria dinanzi al giudice della delibazione "fermo restando comunque il controllo del giudice di legittimità".

2. Evitando di addentrarci in una diffusa esposizione dei contrastanti orientamenti della giurisprudenza e della dottrina sulle varie questioni affrontate dalla Corte, intendiamo solo limitarci, nella presente nota, a qualche sintetica considerazione dopo una prima, sommaria lettura della sentenza delle Sezioni Unite Civili.

La risposta della Cassazione al primo e principale quesito relativo alla portata ostativa della convivenza coniugale è formulata con varie argomentazioni a sostegno che si fondono sostanzialmente come nucleo concettuale, in primo luogo, sulla netta distinzione tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto, cioè tra i due aspetti del matrimonio che si presenterebbero con "disciplina e tutela distinte" e che dovrebbero essere , quindi, valutati separatamente; e, in secondo luogo, sulla raffigurazione della convivenza coniugale, che caratterizza il rapporto matrimoniale, come "una situazione giuridica disciplinata e tutelata da norme costituzionali, convenzionali ed ordinarie",

così da rappresentare una causa ostativa alla delibazione.

Gli argomenti, così sinteticamente enunciati, non sembrano avere, a nostro avviso, una consistenza tale da giustificare le conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite Civili.

Il fatto che il matrimonio-rapporto, il cui aspetto essenziale è dato dalla convivenza, abbia un particolare rilievo nel nostro ordinamento anche a livello costituzionale non può avere, da solo, la forza di giustificare l'inattaccabilità del matrimonio-atto quando è proprio da quest'ultimo che il matrimonio-rapporto ha tratto origine!

Lo sforzo interpretativo dei giudici doveva essere piuttosto diretto a dimostrare, sotto il profilo dell'ordine pubblico, che l'ordinamento dello Stato, nei suoi canoni essenziali, è rivolto a tutelare il matrimonio-rapporto indipendentemente dal vizio del matrimonio-atto, quando i coniugi abbiano convissuto dopo la celebrazione.

Doveva, quindi, mirare ad accertare l'esistenza di un principio su cui, *in apicibus iuris*, si regge il sistema matrimoniale, non fermandosi semplicemente ad evidenziare il fondamento costituzionale e legislativo del matrimonio-rapporto in uno dei suoi aspetti costitutivi.

3. Poi, se davvero si dovesse ragionare, come ritengono le Sezioni Unite Civili, su un aspetto della nostra civiltà giuridica da ritenere del tutto intoccabile, c'è da chiedersi perché i giudici ritengano che il requisito della stabilità del rapporto si debba intendere raggiunto allorché i coniugi abbiano convissuto per almeno tre anni in maniera continuativa.

Semmai il legame analogico tra fattispecie inevitabilmente avrebbe dovuto condurre i giudici a considerare gli artt. 119, secondo comma, 120, secondo comma, 122, quarto comma, c.c. in cui il legislatore indica in un anno dalla celebrazione del matrimonio il tempo sufficiente per la decadenza dell'azione di annullamento del matrimonio.

Invece la *ratio*, che sta alla base della normativa sull'idoneità all'adozione (a cui si richiamano le Sezioni Unite Civili per stabilire una durata ragionevole della convivenza), sembra, senza dubbio, più lontana. È evidente , difatti, che il legislatore nella suddetta normativa ha previsto il criterio dei tre anni (sufficiente per dimostrare la stabilità del rapporto) tenendo conto del particolare e delicato compito che i genitori vanno a svolgere adottando un bambino.

Infine anche l'orientamento, espresso dalle Sezioni Unite Civili circa la non rilevabilità d'ufficio della convivenza coniugale quale situazione di ordine pubblico che non permette la delibazione della sentenza canonica, suscita non poche perplessità.

Se si considera il ruolo, che svolge l'ordine pubblico nella difesa del patrimonio di principi irrinunciabili dell'ordinamento e quindi nella salvaguardia della sua identità, non sembra davvero accettabile che il giudice della delibazione e quello di legittimità rimangano paralizzati di fronte ad una sentenza la quale palesemente vada a ledere valori alla base del nostro sistema matrimoniale.

4. È chiaro che, quando si esamina il lavorio argomentativo delle Sezioni Unite Civili sul primo interrogativo, non ci si può sottrarre da compiere qualche rapida riflessione sulle implicazioni connesse al ricorso all'ordine pubblico e, più precisamente, da un lato, sul processo ermeneutico adottato per l'individuazione dei principi di ordine pubblico e, dall'altro, sulla relatività e storicità di tale concetto.

Non si può negare che la Corte di Cassazione nella sentenza esaminata si sia trovata di fronte ad un tema spinoso: quello della rilevazione di un principio di ordine pubblico, a cui in precedenti decisioni la stessa Corte non aveva dato rilievo.

In realtà quando, come nel nostro caso, l'ordinamento, facendo solo intravedere l'orientamento di fondo, lascia margini di incertezza sotto il profilo dell'ordine pubblico, è possibile che si aprano spazi per giudizi ispirati semmai dalla coscienza sociale, ovvero da quello che si presume emergere dal comune sentire: l'inaccettabilità dell'idea che si possa dichiarare nullo un matrimonio fonte di un rapporto familiare protratto per lungo tempo e caratterizzato, semmai, dalla nascita di figli.

5. Un'ultima considerazione per chiudere.

Ci sembra che la sentenza delle Sezioni Unite Civili della Cassazione non possa non dar fiato a chi, evidenziando le diversità dei principi cui si ispirano l'ordinamento canonico e quello dello Stato, ha sempre indicato come soluzione migliore l'approdo ad una norma concordataria la quale preveda l'unicità del rito, tenendo, però, nettamente distinte le due discipline e le due giurisdizioni.

Corte di Cassazione. Sezione Prima Civile
Sentenza 11 novembre 2014, n. 24001

Maternità surrogata – Adozione – Estero – Matrimonio – Minori – Ordine pubblico italiano – Dignità umana – Genitori – Assenza di legami biologici

L'ordinamento italiano – per il quale madre è colei che partorisce (art. 269, terzo comma, c.c.) – contiene all'art. 12, comma 6 della legge n. 40 del 2004, un espresso divieto, rafforzato da sanzione penale, della surrogazione di maternità. Tale divieto è certamente di ordine pubblico, come suggerisce la previsione della sanzione penale, di regola posta a presidio di beni giuridici fondamentali. Vengono infatti qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato. In questo senso, nel caso di specie, sia il certificato di nascita ucraino (sul quale i genitori basano il rapporto di filiazione con il minore), sia la stessa legge ucraina sulla maternità surrogata sono contrari all'ordine pubblico italiano. Al primo, dunque, non può essere riconosciuta efficacia ai sensi dell'art. 65 della legge n. 218 del 1995, mentre la seconda non può trovare applicazione ai sensi dell'art. 16 della medesima legge.

Fonte: www.olir.it

Corte di Cassazione. Sezione Prima Civile
Sentenza 22 maggio-18 settembre 2014, n. 19691

Matrimonio concordatario – Delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale – Incapacità ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio – Ordine pubblico

La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha affermato (cfr. Cass. 9 dicembre 1993, n. 12144) che la delibazione della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio canonico per incapacitas *(psichica)* assumendi onera coniugalia *di uno dei coniugi non trova ostacolo nella diversità di disciplina dell'ordinamento canonico rispetto alle disposizioni del codice civile in tema di invalidità del matrimonio per errore (essenziale) su una qualità personale del coniuge e precisamente sulla ritenuta inesistenza in quest'ultimo di malattie (fisiche o psichiche) impeditive della vita coniugale (art. 122, terzo comma, n. 1 cod. civ.), poiché detta diversità non investe un principio essenziale dell'ordinamento italiano, qualificabile come limite di ordine pubblico.*

Fonte: www.olir.it

Corte di Cassazione. Sezione Prima Civile
Ordinanza 11 luglio-3 settembre 2014, n. 18647

Matrimonio – Indissolubilità – Convinzioni religiose – Manifesta infondatezza dell'eccezione della legittimità costituzionale dell'art. 2 l. 898/1970

La convinzione religiosa in ordine all'indissolubilità del matrimonio non riguarda la cessazione degli effetti civili del medesimo, in quanto con essa il vincolo religioso non è messo in discussione venendo a cessare solo gli effetti della trascrizione del matrimonio canonico nei registri dello stato civile.

Ne consegue la manifesta infondatezza dell'eccezione d'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della L. n. 898 del 1970 in correlazione con gli artt. 2, 7 e 19 della Costituzione, dal momento che la legge statale non interferisce con il diritto della persona ad appartenere ad una formazione sociale né lede la sovranità della chiesa, che ha competenza esclusiva solo in tema di matrimonio religioso.

Fonte: www.altalex.com

Corte di Cassazione. Sezione Prima Civile
Sentenza 16 luglio 2014, n. 16284

Matrimonio canonico – Nullità – Delibazione – Disturbo bipolare – Dati sanitari concessi senza il consenso

È legittima la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, avente ad oggetto un disturbo bipolare del coniuge, anche qualora il giudizio in sede canonica si sia fondato su dati sanitari acquisiti senza il consenso della parte interessa. Non è necessario, ai sensi dell'art. 24 del D.Lgs. 196/2003, il preventivo consenso della parte interessata quando tali dati devono essere utilizzati per esigenze di difesa nel giudizio, sia pure negli stretti limiti in cui ciò sia necessario.

Fonte: www.altalex.net

Corte di Cassazione. Sezione Sesta Civile
Ordinanza 3 luglio 2014, n. 15186

Matrimonio – Cessazione degli effetti civili – Competenza territoriale sulla domanda

La Corte Costituzionale, con riferimento diretto al giudizio di divorzio, ha sancito il principio che "competente a conoscere della domanda di scioglimento del matrimonio civile o di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, ai sensi dell'art. 4, comma primo, legge n. 898 del 1970 (nel testo introdotto dall'art. 2, comma 3 bis, D.L. n. 35/2005, conv., con modif., in l. 80/2005), quale risultante a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza 23 maggio 2008, n. 169 della Corte Costituzionale, è il tribunale del luogo di residenza o domicilio del coniuge convenuto, salvi gli ulteriori criteri di determinazione della competenza previsti in via subordinata dalla medesima disposizione di legge".

La Corte di Cassazione ha dunque chiarito che, prima dell'intervento della Corte Costituzionale, la competenza territoriale in materia di divorzio era disciplinata dall'art. 4, comma 1 della legge n. 898/1970 (come sostituito dall'art. 2, comma 3 bis, D.L. n. 35 del 2005, convertito, con modificazioni, in legge n. 80 del 2005) e attribuita al "tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi ovvero, in mancanza, del luogo in cui il coniuge convenuto ha residenza o domicilio".

Fonte: www.personaedanno.it

Corte di Cassazione. Sezione Prima Civile
Sentenza 29 aprile-21 maggio 2014, n. 11226

Matrimonio canonico – Nullità – Esclusione della prole – Simulazione – Delibazione della sentenza ecclesiastica

La dichiarazione di nullità del matrimonio per esclusione da parte di uno solo dei coniugi del bonum prolis *non preclude la delibazione della sentenza ecclesiastica, quando di quella esclusione fosse a conoscenza l'altro coniuge o quando vi siano stati chiari elementi rivelatori di tale atteggiamento psichico conoscibili con l'uso della normale diligenza.*

Fonte: www.olir.it

Corte di Cassazione. Sezione Prima Civile
Sentenza 19 maggio 2014, n. 10956

Matrimonio concordatario – Nullità – Delibazione – Sentenza ecclesiastica – Termini di comparizione in giudizio – Novanta giorni – Diritto di difesa – Costituzione in giudizio

Nel procedimento di delibazione la domanda che una delle parti introduce con citazione (come richiesto dall'art. 4, lett. b, del protocollo addizionale all'Accordo tra Repubblica italiana e Santa Sede del 18 febbraio 1984, esecutivo con l. 25 marzo 1985, n. 121) dinanzi alla Corte di appello è soggetta alle regole del procedimento ordinario, ivi comprese quelle relative al termine di comparizione di cui all'art. 163 bis c.p.c. Tale norma, allo scopo di assicurare il diritto di difesa della controparte, impone infatti che fra la data della notificazione della citazione e la data della prima udienza di comparizione trascorra un congruo termine (dilatorio) minimo, pari a 90 giorni, tenendo conto per consolidato orientamento giurisprudenziale anche della sospensione feriale dei termini processuali. Nel caso di specie, non essendo stato osservato il termine di novanta giorni liberi, poiché nel relativo computo veniva calcolato anche il periodo di sospensione feriale dei termini processuali, la Suprema Corte ha accolto il ricorso e rinviato alla Corte d'Appello.

Fonte: www.olir.it

Corte di Cassazione. Sezione Prima Civile
Sentenza 31 marzo 2014, n. 7481

Matrimonio canonico – Nullità – Delibazione della sentenza ecclesiastica – Provvedimenti economici provvisori – Regime patrimoniale del matrimonio putativo

A seguito di una sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità di un matrimonio canonico, la richiesta di misure economiche provvisorie a favore del coniuge ai sensi dell'art. 8, comma 2 dell'Accordo di revisione del Concordato tra la Repubblica italiana e la Santa Sede del 18 febbraio 1984 non consente di provvedere ai sensi dell'art. 129 c.c.

Fonte: www.giustiziaediritto.it

Ancora sui provvedimenti patrimoniali nel giudizio di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale

Concetta Marino

1. *I provvedimenti economici provvisori ai sensi dell'art. 8.2 della legge n. 121 del 1985.*

La Corte di cassazione, nella sintetica pronuncia in commento, torna sul tema dei provvedimenti economici provvisori da rendersi in sede di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, così come previsto nell'ultimo capoverso dell'art. 8.2 della legge n. 121 del 1985, fornendoci lo spunto per affrontare un argomento che, sebbene un po' negletto, considerato come marginale «nell'economia complessiva del matrimonio concordatario», suscita molteplici problemi di carattere sostanziale e specie processuale[1]. Nella sentenza resa dalla S.C. lo scorso 31 marzo si legge che la Corte d'appello, chiamata a statuire sui provvedimenti economici in sede di delibazione, non avrebbe il potere di decidere ai sensi dell'art. 129 c.c., essendo necessario, per l'applicazione di questa norma, un accertamento da compiersi in un giudizio ordinario. Si tratta di un'affermazione lapidaria, ma non priva di interessanti ricadute sul piano sistematico.

La decisione appare a prima vista sorprendente, perché i giudici di legittimità sembrano mettere in discussione quanto ritenuto, pressoché unanimemente, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, circa l'applicabilità della disciplina prescritta per il matrimonio "civile" putativo negli artt. 128 e ss. c.c. anche ai matrimoni concordatari dichiarati nulli con sentenza ecclesiastica riconosciuta in Italia, proprio con riferimento ai provvedimenti di carattere patrimoniale da rendere in esito alla delibazione.

Tale scelta interpretativa, va ricordato, nasce da quanto esplicitamente prescritto nell'art. 18 della legge 27 maggio 1929, n. 847, con la quale si era data attuazione alla disciplina matrimoniale secondo i principi posti dal Concordato del 1929. In quella norma era prevista l'applicazione dell'art. 116 del codice civile del 1865 – allora in vigore – anche nel caso di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario. Le condizioni del matrimonio putativo venivano insomma individuate come quelle che avrebbero reso possibile la statuizione di provvedimenti patrimoniali a vantaggio di uno dei coniugi il cui matrimonio fosse stato dichiarato nullo dal giudice ecclesiastico.

Dopo l'emanazione del Codice Civile del 1942 e la riforma del diritto di famiglia del 1975 – e nonostante la modifica apportata al Concordato del 1929 dall'Accordo intervenuto fra Stato e Chiesa nel febbraio del 1984 (cui è stata data esecuzione con la citata legge n. 121 del 1985) – il rinvio contenuto nell'art. 18 della legge n. 847 (ancora

---

[1] Così Andrea Proto Pisani, *I provvedimenti patrimoniali nel giudizio di delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, a cura di Cipriani, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, p.119.

in vigore) è stato inteso in senso dinamico, sì da riferirlo alla "nuova" disciplina dei crediti di mantenimento o di indennità previsti in caso di matrimonio putativo dagli artt. 129 e 129 *bis* c.c.[2], il che consentirebbe una equiparazione della posizione dei coniugi uniti in un matrimonio concordatario dichiarato nullo in sede ecclesiastica a quella di coloro che abbiano contratto un matrimonio civile nullo. Nel primo caso però perché la nullità produca effetti nel nostro ordinamento occorre che la sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale superi il vaglio del giudice italiano. Dunque è comprensibile che sia questo il giudice chiamato a rendere, seppur provvisoriamente, i provvedimenti di carattere patrimoniale a vantaggio del coniuge che aveva confidato sulla validità del matrimonio, aventi ad oggetto i crediti di mantenimento disciplinati dagli artt. 129 e 129 *bis* c.c.[3].

La sentenza in commento sembra mettere in discussione proprio tale ricostruzione, sulla quale torneremo per verificare, da un canto, l'effettiva portata della disposizione concordataria in esame e, dall'altro, per definire i contorni del potere del giudice della delibazione a statuire i provvedimenti economici a favore di uno dei coniugi il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo, specie nell'ipotesi in cui sia ancora pendente un giudizio di separazione. Sul punto l'art. 8.2 non è di grande aiuto limitandosi a prevedere che si tratta di provvedimenti provvisori, destinati ad essere sostituiti da un provvedimento definitivo rimesso alla competenza del giudice davanti al quale la Corte d'appello rinvierà le parti. Da quanto appena affermato risulta evidente come sia proprio il controverso rapporto tra il giudizio di delibazione e quello di separazione, ancora pendente, a generare il dubbio che la S.C. ha ritenuto di risolvere negando al giudice della delibazione il potere di decidere sui rapporti patrimoniali tra i coniugi applicando l'art. 129 c.c.

---

[2] Critico sul punto Enrico Quadri, *Patologia del matrimonio e rapporti patrimoniali: prospettive di riforma delle conseguenze della dichiarazione di nullità*, in *Concordato e legge matrimoniale* a cura di Bordonali e Palazzo, Jovene, Napoli, 1990, p. 561 ss., spec. p. 585, il quale reputa anzitutto sconveniente che la previsione sui provvedimenti patrimoniali adottabili in sede di delibazione trovi spazio nel testo di modifica del Concordato lateranense. L'autore evidenzia poi il paradosso cui si perviene con l'applicazione della disciplina del matrimonio putativo ai matrimoni concordatari nel caso in cui la Corte d'appello fosse chiamata a delibare una sentenza ecclesiastica che abbia dichiarato la nullità del matrimonio per riserva mentale di uno dei coniugi. In tal caso, infatti, si dovrà verificare, a tutela del principio dell'affidamento incolpevole, la conoscenza o conoscibilità della riserva mentale dell'altro coniuge. Potrebbe così accadere che tale verifica, necessaria per escludere il contrasto della decisione ecclesiastica con l'ordine pubblico, determini il superamento della presunzione di buona fede e di conseguenza l'esclusione di ogni diritto all'indennità previsto dagli artt. 129 e 129 *bis* c.c., considerato che le misure economiche prescritte dagli articoli del codice civile presuppongono la buona fede del coniuge beneficiario.

[3] Al riguardo ricordiamo come nel testo del d.d.l. n. 1831, presentato il 5 novembre 1987 nel corso della X legislatura alla Camera dei deputati (in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 1987, p. 538 e ss., ed *ivi*, 1988, p. 57 con commento di Francesco Finocchiaro), che riproduceva il precedente d.d.l. n. 2252 presentato nel corso della IX legislatura contenente le "Disposizioni per l'applicazione dell'Accordo 18 febbraio 1984 nella parte relativa al matrimonio" (entrambi decaduti per la fine anticipata delle rispettive legislature), fosse stata prevista espressamente, quale parametro sostanziale per i provvedimenti interinali in esame, l'applicabilità degli artt. 128, 129 e 129 *bis* c.c.

2. *Diversità di trattamento economico tra coniugi divorziati e coniugi il cui matrimonio sia dichiarato nullo.*

Dalla previsione dell'art. 8.2 dell'Accordo di revisione del Concordato lateranense si può intuire l'intento delle Alte Parti contraenti di assimilare le conseguenze economiche del matrimonio concordatario a quelle conseguenti alla nullità del matrimonio civile, sì da escludere che i vizi genetici del matrimonio-atto possano travolgere integralmente il matrimonio-rapporto, il quale dunque è destinato a produrre ancora, seppur temporaneamente, effetti nonostante la nullità del vincolo coniugale accertata dal giudice ecclesiastico[4]. L'evenienza però che l'invalidità del matrimonio concordatario venga dichiarata al ricorrere di una delle molteplici cause di nullità previste nel diritto canonico, per la denuncia delle quali, a differenza di quanto accade per le nullità civili[5], non è prescritto alcun termine decadenziale [6], aveva indotto la dottrina a suggerire, quale rimedio a tale diversità di disciplina, aggravata dalla labilità della tutela patrimoniale offerta a livello sostanziale dagli artt. 129 e 129 *bis* c.c., l'equiparazione degli effetti economici derivanti dalla pronuncia di nullità del vincolo coniugale, specie se concordatario, a quelli scaturenti dalla pronuncia di divorzio[7].

La inadeguatezza della tutela patrimoniale che riceverebbe il coniuge economicamente più debole il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo in sede ecclesiastica era stata lucidamente evidenziata dai giudici di legittimità nella sentenza 20 luglio 1988, n. 4700, laddove si auspicava l'assimilazione «nei limiti del possibile e tenuto conto della diversità delle situazioni [… del]la posizione del coniuge nei cui confronti è stata pronunciata la nullità del matrimonio a quella del coniuge divorziato», potendo intervenire la dichiarazione di nullità del matrimonio concordatario da parte dei

---

[4] Così ANDREA PROTO PISANI, *I provvedimenti patrimoniali.*, cit., p. 120 e ENRICO QUADRI, *Patologia del matrimonio*, cit., p. 574.

[5] Nel sistema delineato dal codice civile, la previsione di un breve termine decadenziale per le azioni di nullità del matrimonio, unita alla efficacia sanante della coabitazione, renderebbe tollerabile la diversa disciplina degli effetti economici della nullità rispetto a quelli derivanti dal divorzio, considerato che l'invalidità colpirebbe matrimoni che abbiano avuto brevissima durata o nei quali la convivenza non vi sia mai stata.

[6] Ricordiamo che in forza della natura sacramentale del matrimonio, nel diritto canonico l'azione di nullità è imprescrittibile. Con la conseguenza che la nullità del matrimonio concordatario potrebbe sopraggiungere anche dopo molto tempo dalla celebrazione, indipendentemente dalla convivenza tra i coniugi o anche dopo che tra i coniugi si sia instaurato uno stabile assetto di rapporti personali e patrimoniali.

[7] Sull'opportunità di un adeguamento della disciplina sulla nullità del matrimonio a quella prescritta in caso di divorzio, ENRICO QUADRI, *ivi*, p. 577, il quale ha anche invocato a tal fine le istanze solidaristiche presenti nella nostra Costituzione. Al riguardo ricordiamo anche la proposta di legge n. 4662 presentata il 3 febbraio 2004 alla Camera dei Deputati intitolata «Nuove disposizioni in materia di matrimonio putativo», il cui primo articolo prevedeva l'introduzione dell'art. 129 *ter* c.c., in forza del quale sarebbe stato possibile statuire un assegno, assimilabile a quello di divorzio, a favore del coniuge economicamente più debole il cui matrimonio fosse stato dichiarato nullo in altro ordinamento, ivi compreso – ovviamente – quello ecclesiastico. Per tale assegno non sarebbero stati stabiliti limiti di tempo e per la sua determinazione si sarebbe dovuto tener conto della reciproca collaborazione e contribuzione ai bisogni della famiglia durante la pregressa comunione di vita. Su questi tentativi di riforma v. SARA DOMIANELLO (a cura di), *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari* de iure condito *e* de iure condendo, Giuffrè, Milano, 2006, *passim*.

tribunali ecclesiastici a distanza di anni dalla celebrazione[8]. Al riguardo risulta utile ricordare come con questa sentenza le sezioni unite fossero intervenute a comporre il contrasto giurisprudenziale sorto in ordine alla possibilità di annoverare tra i principi essenziali e inderogabili dell'ordinamento italiano l'instaurazione del «matrimonio-rapporto», attestata dalla coabitazione o dalla convivenza tra i coniugi successive alla celebrazione di un matrimonio nullo o alla scoperta del vizio inficiante il matrimonio, idonee, secondo quanto disposto dal codice civile, a sanare eventuali vizi genetici del vincolo coniugale o del consenso (artt. 117, comma 4°; 119, comma 2°; 120, comma 2°; 122, comma 4°; 123, comma 2° c.c.) ed invece assolutamente irrilevanti per l'ordinamento canonico. In quella occasione il contrasto venne composto escludendo che la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale potesse essere impedita dalla coabitazione o dalla convivenza post-nuziale tra i coniugi, ritenuta dunque compatibile con i principi di ordine pubblico.

Le sezioni unite, recentemente investite della medesima questione a causa del contrasto ripropostosi in seno alla prima sezione civile della Cassazione in ordine al valore da attribuire in sede delibativa alla convivenza coniugale[9], hanno ribaltato quell'orientamento e con la sentenza n. 13679 dello scorso 17 luglio hanno piuttosto riconosciuto valore ostativo alla convivenza coniugale protratta per tre anni dopo la celebrazione del matrimonio[10]. Per i giudici della S.C. tale condotta coniugale costituirebbe un elemento essenziale del matrimonio-rapporto, che è una situazione giuridica disciplinata da norme di ordine pubblico. Questo indipendentemente dal vizio genetico che ha condotto alla dichiarazione di nullità del matrimonio da parte del tribunale ecclesiastico[11]. Si tratta di una pronuncia tanto attesa, quanto dirompente, con la quale si restringono significativamente le maglie della delibazione delle sentenze matrimoniali ecclesiastiche e si riducono le differenze tra la disciplina delle nullità canoniche e delle nullità civili. Alla luce di questo nuovo orientamento giurisprudenziale, sebbene la nullità del matrimonio concordatario potrebbe essere dichiarata dai giudici ecclesiastici dopo un lungo periodo di convivenza tra i coniugi o dopo che tra i coniugi si sia instaurato uno stabile assetto di rapporti personali e patrimoniali, la sentenza ecclesiastica non sarebbe però ricevibile nel nostro ordinamento per contrasto con l'ordine pubblico. Per tal via anche la tutela patrimoniale apprestata dal codice civile in caso di matrimonio putativo diverrebbe più adeguata

[8] In *Foro it.*, 1989, I, c. 427 e ss., spec. 439, con nota di Enrico Quadri.

[9] Faccio riferimento alla sentenza del 20 gennaio 2011, n. 1343, con la quale era stata esclusa la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario quando la convivenza tra i coniugi si fosse protratta per lunghi anni o, comunque, per un periodo di tempo considerevole ed a quella del 4 giugno 2012, n. 8926 per la quale, così come già affermato dalle Sez. un. nel 1988, non sarebbe stato ravvisabile, nella convivenza tra i coniugi, alcun contrasto con l'ordine pubblico ostativo della delibazione della sentenza ecclesiastica. Entrambe le sentenze sono state commentate, in senso adesivo la prima ed avversativo la seconda, da Vincenzo Carbone, rispettivamente in *Fam. e dir*. 2011, p. 235 e ss. e in *Corr. giur*., 2012, p. 1040 e ss.

[10] La sentenza è pubblicata in *Guida al dir*., 2014, fasc. 33, p. 14 e ss.

[11] Sulla distinzione tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto Mario Bessone-Guido Alpa-Andrea D'Angelo-Gilda Ferrando-Maria Rosa Spallarossa, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna 2002, p. 55; Gilda Ferrando, *Il matrimonio,* in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, Diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Giuffrè, Milano 2002, p. 32.

alla tutela del coniuge il cui matrimonio sia dichiarato nullo dal tribunale ecclesiastico, considerato che una delle peculiarità dei provvedimenti patrimoniali rimessi alla competenza della Corte d'appello è il fatto che essi conseguano alla pronuncia di *exequatur* (positivamente resa), quale imprescindibile (ma di certo, di per sé solo, non sufficiente) presupposto di concedibilità della misura.

Ciò non toglie che la temporaneità delle statuizioni patrimoniali a vantaggio del coniuge economicamente più debole, conseguenti alla nullità del matrimonio, sia essa dichiarata in sede civile o in sede ecclesiastica, risultino comunque inadeguate specie se poste a confronto con i provvedimenti patrimoniali disposti in caso di scioglimento del matrimonio. Questa considerazione ha portato anche a qualche iniziativa parlamentare, purtroppo naufragata, finalizzata ad equiparare le sorti economiche dei coniugi il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo a quelle dei coniugi divorziati[12]. Al riguardo va ricordato come anche il tentativo di superare l'inerzia legislativa investendo della questione i giudici della Consulta si sia rivelato inutile[13].

3. *Il caso esaminato nella sentenza in commento e la questione del rito adottabile in sede delibativa.*

Tornando al caso esaminato nella sentenza in commento, era accaduto che in sede di separazione un coniuge fosse stato obbligato a versare all'altro un assegno di mantenimento. Intervenuta frattanto la dichiarazione di nullità del matrimonio da parte del tribunale ecclesiastico, il coniuge beneficiario dell'assegno ne chiedeva la conferma nel giudizio di delibazione instaurato dall'altro coniuge per ottenere il riconoscimento della sentenza ecclesiastica[14]. A tal fine l'istante, così come si desume

---

[12] Sul punto v. *supra* alla nota 7.

[13] V. sentenza 24 settembre 2001, n. 329, in *Familia*, 2002, p. 1114 ss. con nota critica di Gilda Ferrando. In questa pronuncia i giudici costituzionali hanno dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 della l. n. 847 del 1929 sottoposta al loro esame, affermando che la disparità di trattamento degli ex coniugi è giustificabile avendo riguardo alla «diversità strutturale delle due fattispecie» di nullità e di divorzio e che a voler ritenere diversamente si realizzerebbe una modificazione del sistema vigente consentita unicamente al legislatore. Il dubbio di legittimità costituzionale degli artt. 129 e 129 *bis* c.c. era stato prospettato in dottrina già da Andrea Proto Pisani, *I provvedimenti patrimoniali,* cit., p. 135. Sulla questione anche Mario Ferrante, *Le proposte di legge sugli effetti patrimoniali della delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Dir. eccl.*, 2005, p. 263 ss. e Enrica Giammarino, *Effetti patrimoniali delle nullità canonistiche e limite dell'ordine pubblico nel procedimento di delibazione*, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, p. 1053 ss., spec. p. 1060 ss.

[14] Ricordo brevemente che tra le modifiche più rilevanti apportate al giudizio di delibazione dall'Accordo di modifica del Concordato lateranense va annoverata l'iniziativa di parte del giudizio, la cui instaurazione, nell'originario testo concordatario, era invece rimessa all'iniziativa giudiziale, sì da determinare una sorta di automatismo che consentiva l'immediata efficacia in Italia delle sentenze canoniche di nullità del matrimonio. Al riguardo l'art. 60 del decreto generale CEI sul matrimonio canonico, risalente al 5 novembre 1990, prevede un obbligo dei fedeli a proporre la domanda di delibazione alla competente Corte d'appello, obbligo che, se inteso nella sua accezione tradizionale, favorirebbe ancora quella uniformità di situazioni giuridiche personali tra i due ordinamenti, canonico e civile, che sembrava superato dalla nuova disciplina. Per una convincente interpretazione di questa norma Andrea Bettetini, *Sull'obbligo, ex art. 60 del decreto della CEI sul matrimonio,*

dal punto 3 della motivazione, chiedeva al giudice della delibazione l'adozione dei provvedimenti economici prescritti dal citato art. 8.2 della legge n. 121 del 1985. La Corte d'appello, ravvisando la buona fede di entrambi i coniugi sulla causa di nullità del matrimonio, sì da ritenere avverate le condizioni del matrimonio putativo, provvedeva: applicando l'art. 129 c.c. e disponendo che la stessa somma stabilita quale assegno di mantenimento in sede di separazione dovesse essere versata a titolo di indennità; così realizzando un'insolita conversione del provvedimento di carattere patrimoniale reso dal giudice della separazione a causa, si dovrebbe supporre, della sopravvenuta dichiarazione di nullità del matrimonio.

La sentenza resa dalla Corte d'appello viene impugnata per una presunta omissione di pronuncia del giudice della delibazione circa l'adozione delle misure economiche provvisorie richieste. A dire della ricorrente il giudice della delibazione non avrebbe deciso su tali misure, disponendo piuttosto che la somma stabilita quale assegno di separazione venisse versata a titolo di indennità ai sensi dell'art. 129 c.c. Così si legge nel primo motivo del ricorso, che viene accolto dalla S.C. che cassa la sentenza impugnata rilevando che la Corte d'appello «ha provveduto sul diritto della ricorrente ai sensi dell'art. 129 c.c., sul quale non aveva il potere di decidere, dovendo il relativo accertamento eseguirsi in un giudizio ordinario e non in sede di delibazione della sentenza ecclesiastica di annullamento del matrimonio». Dalla stringata motivazione con cui la S.C. accoglie la difesa della ricorrente si intuisce, anzitutto, che per i giudici di legittimità il giudizio di delibazione delle sentenze ecclesiastiche non segue le regole del rito ordinario di cognizione. Si tratta invero di una questione ancora controversa, generata da una disposizione estremamente laconica (quella dell'art. 8.2 comma 1 della legge n. 121 del 1985) in cui si legge che il giudizio di delibazione è rimesso all'iniziativa delle parti, senza null'altro aggiungere in ordine alla forma, citazione o ricorso, che la domanda deve rivestire ed al conseguente carattere, ordinario o camerale, del relativo procedimento.

Sul punto va ricordato il disorientamento che si è registrato, sia in dottrina che in giurisprudenza, per effetto del rinvio della disciplina neo-concordataria alle norme del codice di procedura civile che disciplinavano il giudizio di delibazione delle sentenze straniere (faccio riferimento al rinvio agli artt. 796 e 797 c.p.c. contemplato nel protocollo addizionale[15]). Alla tesi di chi riteneva che anche per il giudizio delibativo

---

di chiedere la delibazione nello Stato delle sentenze canoniche di nullità, in *Dir. eccl*., 1992, I, p. 901 e ss., spec. p. 909 e s., il quale ritiene che l'interesse dei coniugi ad ottenere l'efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità darebbe luogo ad un onere giuridico cui si accompagna «un dovere morale per le parti di chiedere la delibazione». In tal modo alle parti sarebbe consentito di mantenere «l'unitarietà dell'istituzione matrimoniale» concordataria, la cui nascita è segnata dalla celebrazione del matrimonio canonico e dalla trascrizione nei registri di stato civili. Dunque venuto meno il matrimonio canonico, verrebbe meno la causa da cui scaturiscono gli effetti civili. Da qui il dovere morale delle parti di far dichiarare «formalmente» dalla Corte d'appello ciò che «sostanzialmente» si è già verificato.

[15] Ricordo che si tratta di un testo dal tenore squisitamente esplicativo di quanto disposto nell'Accordo di modifica del concordato lateranense, che potrebbe far dubitare del carattere statico del rinvio, così come invece ritenuto da Silvia Turatto, *Commento all'art. 30*, in *La "semplificazione" dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011, Codice di procedura civile commentato* diretto da Consolo, Ipsoa, Milano, 2012, p. 383 ss. e Michele Angelo Lupoi, *Commento all'art. 30 del d.legisl. n. 150 del 2011*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi- Taruffo, Cedam, Padova, 2012, p. 3230.

in questione dovesse adottarsi, come per quello necessario per il riconoscimento delle sentenze straniere, il rito ordinario, si contrapponeva quella di chi invece preferiva, per la delibazione delle sentenze ecclesiastiche, l'adozione del rito camerale, considerata la perdurante applicabilità dell'art. 17, comma 2 della legge n. 847 del 1929, ritenuto ancora in vigore nella parte in cui dispone che il giudizio di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale si svolga nelle forme camerali. Per i sostenitori di questa tesi inoltre il rito ordinario, con la sequela di udienze a ruolo prefissato che lo caratterizza, sarebbe stato «esorbitante» rispetto ad un accertamento che attiene solo alla verifica della insussistenza delle condizioni che possano ostare al recepimento della pronuncia matrimoniale ecclesiastica. A questa opzione interpretativa sembra aderire la sentenza in commento.

Al riguardo risulta utile ricordare come, in ambito giurisprudenziale, il contrasto tra adozione del rito ordinario ovvero di quello camerale ha portato a due pronunce delle Sezioni unite che, certamente influenzate dall'idea di una necessaria corrispondenza tra carattere contenzioso del procedimento e sua «ordinarietà», hanno suggerito l'adozione del rito ordinario, da avviare con atto di citazione, in caso di iniziativa di una sola parte ed invece l'adozione del rito camerale, da avviare con ricorso, nel caso di iniziativa congiunta dei coniugi[16].

Oggi a risolvere tale questione, ancora controversa, potrebbe essere invocato il nuovo art. 30 del d. lgs. n. 150 del 2011 sulla riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, a mente del quale, nei casi prescritti dall'art. 67 della legge n. 218 del 1995, il procedimento per il riconoscimento delle sentenze straniere deve svolgersi secondo le regole del rito sommario di cognizione anziché del rito ordinario che, nel silenzio della norma, era stato invece preferito in via interpretativa. L'adozione del "nuovo" rito sommario di cognizione nelle residuali ipotesi in cui sia ancora necessario il giudizio di riconoscimento delle sentenze straniere – in caso di contestazione del riconoscimento della sentenza o del provvedimento straniero di volontaria giurisdizione ovvero quando si debba procedere ad esecuzione forzata – è parsa opportuna considerata la semplicità dell'oggetto, consistente nell'accertamento dei requisiti di riconoscimento prescritti nell'art. 64, al quale dovrebbe corrispondere un *thema probandum* semplice, per la cui definizione l'adozione del rito ordinario di cognizione è sempre parsa come una scelta sovrabbondante[17]. Ricordiamo, a tal fine, che il rito sommario di cognizione è un rito contenzioso, ma semplificato nelle forme, che si caratterizza, in specie, per una istruzione semplificata. Dunque un rito

---

[16] Si tratta delle sentenze 5 febbraio 1988, n. 1212 e 1° marzo 1988, n. 2164, in *Giust. civ*., 1988, I, p. 1114 ss. con nota favorevole di Francesco Finocchiaro, *Il procedimento per l'esecuzione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: inerzia del legislatore e supplenza giurisprudenziale*. Con la sentenza 27 febbraio 1989, n. 1066, in *Giur. it*, 1990, I, 1, c. 254, la Cassazione ha poi affermato che l'adozione del rito camerale non esclude l'obbligatorietà della difesa tecnica, così sancendo la nullità del procedimento per la delibazione di una sentenza ecclesiastica introdotto con ricorso sottoscritto personalmente dalle parti.

[17] In tal senso Aldo Attardi, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ*., 1995, p. 781 e Giorgio Gaja, *Le convenzioni internazionali e le nuove norme sulla giurisdizione e sul riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. trim. dir e proc. civ*., 1997, p. 837. Pur condividendo la preferenza per il rito ordinario, aveva manifestato qualche dubbio di legittimità costituzionale Federico Carpi, *L'efficacia delle sentenze ed atti stranieri*, in *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, *Quaderno della Riv. trim. dir. e proc. civ*., Giuffrè, Milano, 1996, p. 159.

che, nel rispetto del contraddittorio tra le parti e senza nulla togliere alla qualità della cognizione, è più agile di quello ordinario.

Queste considerazioni dovrebbero bastare a far ritenere tale rito assolutamente adeguato per il compimento delle indagini implicate dalla «cognizione delibativa» delle pronunce ecclesiastiche, per le quali difficilmente si porranno profili di complicazione maggiori di quelli che potranno caratterizzare il "consueto" giudizio di delibazione[18]. A ritenere diversamente si finirebbe per assoggettare il giudizio di delibazione delle sentenze ecclesiastiche ad una forma processuale più articolata e dunque più svantaggiosa di quella oggi prescritta per la delibazione delle sentenze straniere[19]. Riterrei dunque che l'adozione di un procedimento da celebrare secondo forme semplificate è senz'altro da preferire, anche nelle ipotesi in cui l'iniziativa sia assunta da una sola parte, sì da evitare quella sorta di «doppio binario» procedimentale per cui avevano optato le sezioni unite della Cassazione, che costituisce comunque una complicazione, considerata la sostanziale unitarietà del giudizio i cui effetti finali non sono destinati a subire alcuna modifica a seconda dell'iniziativa congiunta o meno delle parti[20].

Indipendentemente dalla preferenza che si ritenesse di accordare ad una di queste possibili interpretazioni, va puntualizzato che l'affermazione della S.C. risulta esatta

---

[18] Al riguardo, da ultimo, nella sentenza della Cass. del 1° marzo 2012, n. 3227 viene puntualizzato che il giudice dell'*exequatur* può dissentire dalla valutazione dei fatti espressa dal tribunale ecclesiastico, ma sempre tenendo conto «degli elementi istruttori posti in evidenza nella sentenza oggetto del riconoscimento statale». Dunque l'attività istruttoria per il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche è certo semplificata, dato che la Corte d'appello solitamente si rifà a quella già compiuta nel processo canonico, sebbene al giudice italiano sia consentito di "provvedere ad un'autonoma e diversa valutazione del medesimo materiale probatorio secondo le regole del processo civile"; nello stesso senso Cass. 30 marzo 2012, n. 5175 (entrambe le sentenze sono consultabili nella banca dati on line *DeJure*). In questo senso anche Cass. 22 agosto 2011, n. 17465, in *Fam. dir.*, 2012, p. 159 ss, con nota di Carolina Magli e 20 ottobre 2005, n. 20281, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 605 ss., con nota di Luca Iannaccone, *Ancora sul procedimento di* exequatur*: rito, diritto di difesa e ordine pubblico. I controlli della Corte d'appello e il rilievo del comportamento processuale del convenuto nel giudizio di delibazione*. Sulla questione v. Paolo Moneta, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 152. Più in generale, sul compimento di un'eventuale attività istruttoria nel giudizio di delibazione delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali, mi sia consentito di rinviare a Concetta Marino, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nel sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 290 ss. Sul punto anche Cass. n. 16379 del 2014, cit. *supra* alla nota 10.

[19] La possibile adozione del rito sommario di cognizione anche per la delibazione delle sentenze ecclesiastiche è stata da me già sostenuta in AA. VV. *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili*, a cura di Santangeli, Milano, 2012, p. 921 ss. Diversamente Silvia Turatto, *op. cit.*, p. 383 s. e Michele Angelo Lupoi, *op. cit.*, p. 3230.

[20] Al riguardo appare opportuno ricordare come la Cassazione, in virtù di un orientamento ormai consolidato, ritiene assolutamente irrilevante per la validità del processo la questione del rito adottato, a condizione che tale scelta non abbia comportato una menomazione del diritto di difesa delle parti. In tal modo si evita che il solo errore nella scelta del rito possa condizionare la validità del processo. Ciò anche in sintonia con il principio della conservazione degli atti processuali sancito nel 3° comma dell'art. 159 c.p.c., che consentirebbe la conversione dell'atto compiuto irritualmente nell'atto introduttivo del rito corretto, con la conseguente conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda. In tal senso Cass. Sez. un. 14 aprile 2011, n. 8491, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1269, con nota di Nunzio Izzo.

nella misura in cui non la si intenda come riferita al giudizio di delibazione, genericamente inteso, bensì a ciò che può essere chiesto, accessoriamente, al giudice della delibazione che deciderà con cognizione sommaria sull'istanza di concessione delle misure economiche. Sul punto appare inequivocabile quanto disposto dal legislatore del 1985, che ha riconosciuto natura provvisoria ai provvedimenti patrimoniali resi dalla Corte d'appello, che per tale ragione dovrà rimandare le parti davanti al giudice competente per l'adozione dei provvedimenti definitivi, da assumere dunque in esito ad un ordinario giudizio di cognizione[21].

4. *Una soluzione non condivisibile a fronte di una condivisibile premessa.*

Al di là di questa condivisibile affermazione, la decisione della S.C. non convince, non tanto per l'esito cui perviene, quanto per le argomentazioni addotte per cassare la sentenza impugnata. I giudici di legittimità lasciano intendere, correttamente, che la tutela apprestata dall'art. 129 c.c. necessita di un accertamento pieno da compiersi in seno ad un giudizio ordinario. Ciò non toglie però che il giudice della delibazione debba rendere i provvedimenti provvisori previsti dall'art. 8.2 della legge n. 121 del 1985 a tutela dei crediti di mantenimento disciplinati dagli artt. 129 e 129 *bis* c.c., dunque valutando, seppur in esito ad una cognizione sommaria, l'*an* ed il *quantum* di tali crediti. Pertanto è indubbio che il contenuto dei provvedimenti economici provvisori emanabili dalla Corte d'appello sia determinato dagli artt. 129 e 129 *bis* c.c.[22]. Tale assunto sembra invece essere smentito dalla S.C., sul presupposto che il giudice della delibazione abbia deciso in via definitiva su tali misure economiche[23].

Ricordiamo che, sotto il profilo sostanziale, la previsione neo-concordataria appare dettata anzitutto per escludere qualsiasi rilevanza interna alle disposizioni di carattere patrimoniale eventualmente contenute nel "giudicato" canonico. Quanto invece alle condizioni che renderebbero possibile la statuizione di provvedimenti patrimoniali a vantaggio di uno dei coniugi, a parte la pronuncia positiva di *exequatur*, sono le

---

[21] Sul punto è interessante ricordare come nella disposizione pattizia manchi una esplicita previsione della fissazione, ad opera della Corte d'appello, di un termine massimo per l'instaurazione del giudizio a cognizione piena davanti al tribunale. Ciò non toglie però che tra le misure provvisorie in esame ed il successivo giudizio "di merito" sussista uno stabile collegamento strumentale, sì da far intuire la natura propriamente cautelare della pronuncia provvisoria *de qua*. Pertanto, in mancanza di una esplicita previsione normativa, è presumibile che la Corte d'appello assegni alle parti un termine per l'instaurazione della causa davanti al giudice competente. Qualora però tale statuizione dovesse mancare o non fosse rispettata, non vi sarebbe alcuna conseguenza sull'efficacia del provvedimento concesso stante la sua natura anticipatoria. Al riguardo, volendo provare ad integrare sul punto la disciplina contemplata nell'art. 8.2 della legge n. 121 del 1985, potremmo ritenere applicabile quanto prescritto per i provvedimenti cautelari concessi *ante causam* a mente dell'art. 669 *octies* c.p.c.

[22] Così chiaramente Franco Cipriani, *Nullità del matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale civile*, in *Concordato e legge matrimoniale*, a cura di Bordonali e Palazzo, Jovene, Napoli, 1990, p. 632. Nello stesso senso Romano Vaccarella nella sezione *Discussioni* del medesimo volume, p. 654.

[23] Personalmente non mi è chiaro quale possa essere stato l'indizio testuale nel provvedimento del giudice dell'*exequatur* per giungere a ritenere che egli avesse voluto imprimere carattere di definitività a provvedimenti che, per esplicita previsione normativa, sono invece temporanei.

medesime prescritte in caso di nullità del matrimonio civile putativo[24]. Il giudice della delibazione, insomma, al fine di concedere le misure economiche provvisorie dovrà verificare la sussistenza dei requisiti necessari per l'attribuzione delle prestazioni patrimoniali previste in materia di matrimonio putativo. Trattandosi di provvedimenti che, secondo l'opinione più diffusa, hanno natura cautelare, il giudice della delibazione dovrà verificare, tra l'altro, la sussistenza del *fumus boni iuris*, che in questo caso implicherà la verifica della verosimiglianza delle condizioni in cui versa il coniuge che abbia rivolto al giudice la relativa istanza non solo dal punto di vista patrimoniale, ma anche, se così possiamo dire, dal punto di vista psicologico, dovendosi valutare la sua buona fede. Pertanto, il giudice della delibazione nel rendere tali provvedimenti, destinati ad anticipare gli effetti di quelli definitivi, sebbene non dia "diretta" applicazione agli artt. 129 e 129 *bis* c.c., dovrà comunque fare riferimento ai presupposti previsti in queste norme per valutare l'accoglibilità dell'istanza. Ricordiamo brevemente che a mente dell'art. 129 c.c., qualora entrambi i coniugi siano in buona fede, quello dei due che non disponga di adeguati redditi propri ha diritto di ottenere la corresponsione, da parte dell'altro coniuge, di un assegno di mantenimento per un periodo non superiore a tre anni; mentre a mente dell'art. 129 *bis* c.c. qualora uno soltanto dei coniugi sia in buona fede, questi avrà diritto di ottenere dall'altro coniuge, in mala fede, la corresponsione di una indennità corrispondente al mantenimento per tre anni, nonché la corresponsione degli alimenti, qualora non vi siano altri obbligati. Dunque è a tutela di questi diritti che interverranno i provvedimenti provvisori del giudice della delibazione che dovrebbero essere immediatamente esecutivi, perché diversamente, se si ritenesse di differire la loro esecutorietà al passaggio in giudicato della pronuncia delibativa, non si comprenderebbe l'utilità di una tutela provvisoria[25]. Invece, presuppone il passaggio in giudicato della sentenza di delibazione la pronuncia definitiva rimessa al tribunale, al quale spetta la cognizione piena dei crediti di mantenimento o di indennità prescritti dagli artt. 129 e 129 *bis* c.c., accertati solo sommariamente dal giudice della delibazione[26].

Alla luce di queste premesse, a mio avviso, non è condivisibile né la scelta difensiva della ricorrente, né la decisione della S.C. che quella difesa ha accolto. Infatti ciò che veniva chiesto al giudice della delibazione era la conferma di quanto disposto in sede di separazione, seppure sotto le mentite spoglie di un'istanza della misura economica provvisoria proposta ai sensi dell'art. 8.2 della legge n. 121 del 1985. In realtà la disciplina neo-concordataria non prende affatto in considerazione tale eve-

---

[24] Dunque la buona fede di entrambi i coniugi o di uno solo di essi, da intendersi come ignoranza dell'esistenza di una causa di nullità, costituisce la necessaria premessa per il riconoscimento di misure economiche ancorché provvisorie.

[25] Per l'esecutorietà immediata dei provvedimenti *de quibus* ROMANO VACCARELLA, *op. cit*.; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Sentenze ecclesiastiche e giurisdizione dello Stato sul matrimonio «concordatario» nell'Accordo 18 febbraio 1984 fra l'Italia e la Santa Sede*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 441; MARCO CANONICO, *L'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, p. 146 e s. Diversamente: FRANCO CIPRIANI, *op. ult. cit*., p. 632, il quale riteneva che l'efficacia esecutiva dei provvedimenti in esame dovesse essere differita al momento del passaggio in giudicato formale della sentenza di delibazione e ANDREA PROTO PISANI, *I provvedimenti patrimoniali,* cit., p. 123 e s.

[26] Va ricordato che i crediti disciplinati dagli artt. 129 e 129 *bis* c.c. divengono esigibili solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento.

nienza. Dunque la prima questione da risolvere riguarda la legittimità della richiesta avanzata nel giudizio di delibazione dal coniuge già beneficiario di un assegno di mantenimento disposto dal giudice della separazione.

In altri termini la questione che bisogna affrontare a monte riguarda l'incidenza della delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio sul giudizio di separazione ancora in corso. Infatti, solo ritenendo che il giudizio di separazione venga travolto al sopraggiungere della delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, e con esso le statuizioni patrimoniali, si potrebbe riconoscere al giudice della delibazione il potere di definire, seppur provvisoriamente, i rapporti patrimoniali tra gli ex coniugi. Sul punto la laconica previsione del 2° comma dell'art. 8.2 non è però di alcun ausilio.

Qualora la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio intervenisse in pendenza del giudizio di separazione questo non subirebbe alcuna conseguenza, almeno finché sia in corso il giudizio di delibazione. Dovremmo anzi ammettere che, stante l'autonomia dei due giudizi, questi possano svolgersi contestualmente, finché la sentenza di delibazione non passi in giudicato[27]. Da questo momento in poi la nullità del matrimonio, divenuta rilevante anche per il nostro ordinamento, travolgerà il procedimento di separazione per cessazione della materia del contendere. Ma cosa ne sarà dei provvedimenti economici resi in sede di separazione e ritenuti fino a quel momento efficaci? È indubbio che anche le statuizioni circa l'addebito e l'assegno di mantenimento subiscano la medesima sorte. Io riterrei però che sopraggiungendo la nullità del matrimonio, dichiarata in sede canonica e recepita nel nostro ordinamento per effetto del giudicato delibativo, potrebbe essere rimessa allo stesso giudice della separazione la conversione di tali provvedimenti patrimoniali, in applicazione della disciplina del matrimonio putativo, specie nell'ipotesi in cui al sopraggiungere del giudicato delibativo il giudizio di separazione penda ancora in primo grado[28]. In tal modo non si correrebbe alcun rischio di interruzione della tutela dell'ex coniuge economicamente più debole.

A mio sommesso avviso dunque, in pendenza del giudizio di separazione, il giudice della delibazione non dovrebbe tornare a decidere su una questione sulla quale già il giudice civile si è pronunciato. Pertanto, nel caso che ha occasionato la sentenza in epigrafe, in cui la parte istante chiede espressamente, in sede delibativa, la conferma

---

[27] In tal senso Cass. 10 luglio 2013 n. 17094, nella quale si legge che solo il passaggio in giudicato, in pendenza del giudizio di separazione dei coniugi, della sentenza che rende esecutiva nello Stato la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario contratto dalle parti, fa venire meno il vincolo coniugale e, quindi, fa cessare la materia del contendere in ordine alla domanda di separazione personale e alle correlate statuizioni circa l'addebito e l'assegno di mantenimento, adottate nel processo e non ancora divenute intangibili, le quali presuppongono l'esistenza e la validità del matrimonio e del conseguente vincolo. Ancor più chiaramente Cass. 21 marzo 2014, n. 6754, che esclude alcun rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra il giudizio di nullità del matrimonio concordatario e il giudizio di separazione che possa portare ad una sospensione di quest'ultimo in pendenza del giudizio di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale. Questo modo di intendere il rapporto tra i due giudizi scongiurerebbe il contrasto tra la sentenza di delibazione e quella che determina l'assegno di mantenimento in sede di separazione, almeno fino al passaggio in giudicato della sentenza di delibazione.

[28] Perché diversamente, qualora fosse in corso il giudizio d'appello, occorrerà tornare davanti al tribunale per non compromettere il doppio grado di giudizio, ed a questo giudice eventualmente chiedere di provvedere in via d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

del provvedimento di carattere patrimoniale disposto in sede di separazione, il giudice della delibazione avrebbe fatto bene a dichiarare inammissibile l'istanza, rivelandosi in questo caso inutile un suo intervento volto a dettare un assetto temporaneo dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, a fronte di un assegno di mantenimento già determinato dal giudice della separazione.

Solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di delibazione i provvedimenti patrimoniali disposti dal giudice della separazione dovranno essere sostituiti non già dai provvedimenti economici provvisori del giudice della delibazione, che in questa ipotesi non verranno resi affatto, bensì dalla decisione dello stesso giudice della separazione che, nelle vesti di giudice civile competente, deciderà sulle misure economiche da rendere ai sensi degli artt. 129 e 129 *bis* c.c., al ricorrere dei presupposti ivi previsti. In altri termini il diritto al mantenimento o agli alimenti accertato nel giudizio di separazione permarrà anche dopo la delibazione della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio, per la durata prevista negli artt. 129 e 129 *bis* c.c., per disposizione dello stesso giudice della separazione, intendendo per tale il tribunale che, smesse le vesti di giudice della separazione si troverà adesso a confrontarsi con presupposti differenti rispetto a quelli che lo hanno indotto a statuire sull'assetto patrimoniale tra i coniugi nel giudizio di separazione[29]. Diversamente, nell'ipotesi in cui nessun giudizio civile fosse stato instaurato per la separazione dei coniugi o per la cessazione degli effetti civili del matrimonio, la mancanza di una pronuncia relativa all'assetto economico tra i coniugi renderebbe indispensabile la decisione del giudice della delibazione, al quale l'Accordo di Villa Madama ha conferito il potere di rendere in via provvisoria le misure economiche, sulle quali dovrà poi tornare a decidere il giudice competente, in una sorta di procedimento a struttura bifasica, sulla falsariga di quanto accade in sede di separazione giudiziale con i provvedimenti presidenziali resi a mente dell'art. 708 e ss. c.p.c.

Così ricostruendo il rapporto tra giudizio di separazione e giudizio di delibazione, vi è da ritenere che anche la sola pendenza del primo finirebbe per condizionare la pronuncia del giudice della delibazione, che in tale ipotesi non dovrà statuire sui rapporti patrimoniali tra gli ex coniugi[30]. Diversamente l'intervenuta pendenza del giudizio delibativo anteriormente alla concessione dei provvedimenti presidenziali a favore del coniuge nel giudizio di separazione dovrebbe implicare, per ragioni di pregiudizialità, una preferenza per la cognizione temporanea ex art. 8.2 della l. n. 121 del 1985 rispetto all'analoga potestà decisoria prevista dall'art. 708 c.p.c., con conseguente pronuncia di sospensione del sub-procedimento funzionalmente cautelare in sede di separazione almeno fino al formarsi del giudicato delibativo.

5. *La disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi il cui matrimonio sia dichiarato nullo dal giudice ecclesiastico in pendenza del giudizio di divorzio.*

Cosa accadrebbe se invece fosse ancora in corso il giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario? Riterrei che la situazione non muta. La pendenza davanti al giudice civile di un processo di divorzio non è ritenuta di ostacolo

---

[29] In tal senso, seppure in una diversa prospettiva, Cass. 11 settembre 2008, n. 23402.

[30] In questo senso mi sembra vadano lette anche le pronunce della Corte di cassazione 8 luglio 2009, n. 16051, in *Foro it.*, 2010, I, c. 107 e 18 maggio 2007, n. 11654, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 948.

alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio. L'opinione preferibile sull'oggetto di tale giudizio è quella che riconosce come autonoma la decisione imperativa della situazione sostanziale pregiudiziale, qual è quella della validità del vincolo rispetto al giudizio avente ad oggetto il suo scioglimento[31], a meno che non venga devoluta al giudice italiano la questione di validità del matrimonio in pendenza del giudizio interno di divorzio[32].

In questa prospettiva, dunque, solo nell'ipotesi in cui il rapporto sostanziale sia stato sottoposto all'esame del giudice del divorzio, essendone stata contestata la validità, la pendenza di tale giudizio potrebbe impedire la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, per il contrasto con il requisito che vuole che non vi sia in Italia un giudizio ancora pendente sullo stesso oggetto e tra le stesse parti instaurato prima di quello che ha condotto alla sentenza riconoscenda. Diversamente la sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale potrà essere delibata nonostante la pendenza del giudizio di divorzio.

Anche nell'ipotesi in cui la sentenza di divorzio fosse già passata in giudicato non si ravviserebbe alcun ostacolo alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, sempre che in quel giudizio non sia stata contestata la stessa validità del vincolo. Dunque, fuori da questa ipotesi la sentenza di divorzio già passata in giudicato non si ritiene contrastante con la pronuncia di invalidità del vincolo resa dal giudice ecclesiastico. Secondo l'opinione prevalente, infatti, muovendo da una concezione restrittiva dell'ambito oggettivo del giudicato di divorzio, il rapporto tra le due decisioni viene ricostruito in termini di «reciproca indifferenza»[33]. Sicché dopo la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio[34], questa andrà a sovrapporsi alla preesistente sentenza di scioglimento del vincolo.

A fronte di questa evenienza ci si chiede quale debba essere la sorte dei provvedimenti di carattere patrimoniale resi dal giudice del divorzio. In passato si riteneva che essi dovessero cedere a fronte della sentenza ecclesiastica delibata. È facile intuire come questa interpretazione avesse favorito strumentalizzazioni della delibazione delle nullità ecclesiastiche ad opera dell'*ex* coniuge obbligato, dopo il divorzio, a versare l'assegno di mantenimento all'altro coniuge[35]. Questa soluzione, preferita

---

[31] In tal senso, da ultimo, Cass. 10 dicembre 2010, n. 24990, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2011, p. 870, che al riguardo parla di procedimenti autonomi, sfocianti in decisioni di natura diversa ed aventi finalità e presupposti diversi. Analogamente Cass. 25 maggio 2005, n. 11020, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 387.

[32] Il che, ovviamente, presuppone il superamento della riserva di giurisdizione a favore dei giudici ecclesiastici nelle cause di nullità matrimoniale, per effetto dell'Accordo di revisione del Concordato lateranense, ed il riconoscimento della giurisdizione civile in tale materia. Non è questa la sede per ricordare i numerosissimi contributi dottrinali su questa interessante questione, che non possiamo ancora ritenere definitivamente risolta. Al riguardo emblematica è la posizione assunta dalle sezioni unite della Cassazione con la nota sentenza n. 1824 del 13 febbraio 1993, favorevole al concorso delle due giurisdizioni, subito smentita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 421 del 1° dicembre 1993.

[33] Per una possibile, diversa ricostruzione circa i limiti oggettivi del giudicato di divorzio, Andrea Proto Pisani, *I provvedimenti patrimoniali*, cit., p. 137.

[34] Per Paolo Moneta, *Matrimonio religioso*, cit., p. 127 ss., il contrasto tra giudicati sarebbe ravvisabile solo in alcune particolari situazioni. Quando ad esempio il giudice ecclesiastico abbia dichiarato la nullità del matrimonio per impotenza ed il giudice del divorzio avesse invece respinto la relativa domanda proposta per inconsumazione.

[35] Così già Arturo Carlo Jemolo, *Divorzio e validità del matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, II, p. 104.

anche in giurisprudenza, è stata opportunamente rivista dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 3345 del 1997[36], nella quale pur riconoscendo che «la sentenza di divorzio contiene una implicita valutazione della validità del vincolo, nei limiti di un accertamento incidentale e ai soli fini del decidere», continua ad ammettere la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio a fronte di un giudicato di divorzio, escludendo però che le pronunce di carattere patrimoniale, accessorie a questo giudicato, possano rimanere travolte per effetto del riconoscimento della sentenza ecclesiastica[37]. In tal modo la giurisprudenza, supplendo all'inerzia del legislatore, attenua la disparità di trattamento economico che alla stregua della vigente disciplina interna si realizza a discapito dell'ex coniuge il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo rispetto all'ex coniuge divorziato consentendo, in via surrettizia, l'innesto della disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi divorziati nel diverso quadro giuridico che si determina per effetto della dichiarazione di nullità del matrimonioconcordatario riconosciuta nel nostro ordinamento.

Successivamente, con la sentenza n. 4202 del 2001, i giudici della Corte suprema sono tornati sul complesso rapporto tra giudicato di divorzio e sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio per abbandonare la tesi del «giudicato implicito» e ricondurre, più opportunamente, il nesso tra le due cause, di scioglimento e di invalidità del matrimonio, nell'ambito dell'art. 34 c.p.c.[38], in applicazione del quale solo la deduzione e la contestazione nel giudizio di divorzio della questione pregiudiziale della (in)validità del vincolo impone la corrispondente *cognitio* da parte del giudice civile con effetto pienamente accertativo, rientrando la questione di *status* tra quelle da decidere *ex lege* con efficacia di giudicato[39]. In questa prospettiva il rapporto tra

---

[36] In *Corr. giur.*, 1997, p. 1322 con nota di Gianpiero Balena, *Delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità e processo di divorzio*; in *Fam. e dir*. 1997, p. 213 con nota di Vincenzo Carbone, *L'annullamento del matrimonio non travolge più il divorzio*; in *Giust. civ*. 1997, I, p. 1173 con nota di Giovanni Giacalone, *Rapporto tra giudizio civile di divorzio e sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio: verso un nuovo assetto*? Nello stesso senso più di recente Cass. 18 settembre 2013, n. 21331.

[37] Perplessità sulla conciliabilità delle statuizioni economiche contenute nella sentenza di divorzio con la nullità del matrimonio dichiarata dal giudice ecclesiastico sono manifestate da Giorgio Badiali, *Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nel nuovo sistema di diritto internazionale privato, in Riv. dir. internaz.,* 2000, p. 7 e ss., spec. p. 57 ss., il quale, pur consapevole della diversità dell'oggetto dei due giudizi e della diversa efficacia dei giudicati, ritiene che il giudicato di nullità e quello di divorzio non possano convivere nello stesso ordinamento.

[38] Tesi invero già prospettata in dottrina da Gianpiero Balena, *Le condizioni per la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, cit., p. 58. La sentenza può essere letta in *Giust. civ*., 2001, p. 1479 con nota critica di Mario Finocchiaro, *Sentenza di divorzio, delibazione della pronuncia ecclesiastica di nullità di quel matrimonio e (inesistenza di) giustificati motivi per la revisione delle disposizioni concernenti l'assegno periodico*.

[39] Per una diversa ricostruzione tesa a valorizzare la nozione di «contrarietà» tra giudicati, da intendere in termini di incompatibilità, mi sia consentito di rinviare a Concetta Marino, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, cit., p. 149. Quanto poi alla possibilità che l'eccezione di nullità del matrimonio venga rilevata d'ufficio – fermo restando ovviamente il rispetto del principio del contraddittorio, così come oggi esplicitamente imposto dal 2° comma dell'art. 101 c.p.c. – il sospetto della violazione del principio dispositivo, dando luogo quella eccezione ad una causa pregiudiziale da decidere *ex lege* con efficacia di giudicato, potrebbe giustificarsi, in via del tutto eccezionale, per la «rilevanza meta-individuale» dell'interesse alla certezza del rapporto. In questi termini, se

il giudicato “esplicito” sulla validità del vincolo del giudice civile e il “giudicato” canonico della cui delibazione si tratti si porrà evidentemente in termini di contrasto, conseguente al fatto stesso della prevenienza del *decisum* civile[40]. Dunque ai nostri fini, riassumendo, qualora la Corte d’appello dovesse imbattersi in un rapporto matrimoniale già sciolto da una sentenza di divorzio passata in giudicato, quale che sia l’estensione che si intenda attribuire al giudicato, non vi sarebbe in sede delibativa spazio per i provvedimenti economici. In tal caso, infatti, la disciplina dei rapporti patrimoniali non potrà che essere quella degli artt. 5 e 6 della legge di divorzio e non già quella degli artt. 129 e 129 *bis* c.c. [41]. Qualora invece il giudizio di divorzio fosse ancora pendente nel momento in cui interviene la delibazione della sentenza ecclesiastica, essendo la questione della validità del matrimonio pregiudiziale rispetto a quella dello scioglimento, il sopraggiungere del giudicato delibativo precluderebbe la prosecuzione del giudizio di divorzio, anche per ciò che attiene al trattamento economico degli ex coniugi, a meno di non voler ritenere che, così come ipotizzato in caso di pendenza del giudizio di separazione, debba essere lo stesso giudice del divorzio a convertire i provvedimenti patrimoniali disposti in sede divorzile in quelli economici previsti a vantaggio del coniuge in buona fede dagli artt. 129 e 129 *bis* c.c.

---

mal non intendo, Claudio Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1991, p. 215 ss., spec., pp. 217 ss e 233 ss.; Id., *Domanda giudiziale*, in *Dig. Disc. Priv*., Sez. civ., UTET, Torino, 1994, VII, p. 44 ss., spec. p. 107. Diversamente Ilaria Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva,* Giuffrè, Milano, 1998, p. 488, nota 72. Analogamente dubbioso Gianpiero Balena, *Delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità*, cit., p. 1324, spec. nota 23. Pur con gli opportuni distinguo, ricordo che sulla analoga, controversa questione della rilevabilità d’ufficio della nullità del contratto nell’ambito di un giudizio promosso per la sua risoluzione si è da ultimo pronunciata la Cass. a sez. un. (4 settembre 2012, n. 14828 in *Corr. giur*., 2012, p. 869, con nota parzialmente critica di Stefano Pagliantini) per riconoscere la rilevabilità d’ufficio dell’eccezione di nullità del contratto, questione sulla quale, solo a fronte di una specifica domanda di accertamento, si formerà il giudicato. Così già in dottrina Claudio Consolo, *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice*, in *Riv. trim dir. e proc. civ*,, 2011, suppl. fasc. 1, p. 7 ss., spec. p. 22. Con le ordinanze interlocutorie del 27 novembre 2012, n. 21033 (in *Corr. giur*., 2013, p. 174 e ss. con note di Stefano Pagliantini e Claudio Consolo) e del 3 luglio 2013, n. 16630, le sezioni unite sono state nuovamente investite della questione della rilevabilità d’ufficio dell’eccezione di nullità del contratto. Le questioni attualmente al vaglio delle sezioni unite riguardano, in estrema sintesi, rispettivamente: l’una, la rilevabilità d’ufficio dell’eccezione di nullità del contratto, in un giudizio avente ad oggetto il suo annullamento; l’altra, la formazione e l’estensione del giudicato implicito in esito ad un giudizio che definisce, rigettandola, un’azione di impugnativa negoziale.

[40] In questo senso Cass. 14 novembre 2008, n. 27236, che così puntualizza: “ove nel giudizio di divorzio le parti non introducano esplicitamente questioni sulla esistenza e sulla validità del vincolo … l’esistenza e la validità del matrimonio non formano oggetto di specifico accertamento suscettibile di determinare la formazione del giudicato”. Analogamente Cass. 14 luglio 2012, n. 12989 (entrambe consultabili nella Banca dati on line *DeJure*). In questa prospettiva si inserisce anche Cass. 4 marzo 2005, n. 4795, in *Fam. e dir*., 2006, p. 30 ss. con nota di Maria Cristina Vanz. I giudici della Cassazione, pur escludendo che il giudicato di divorzio possa impedire la delibazione della sentenza ecclesiastica, continuano ad affermare che il diritto di ricevere l’assegno di divorzio diviene intangibile se «su tale statuizione si sia formato il giudicato».

[41] In tal senso chiaramente Andrea Proto Pisani, *I provvedimenti patrimoniali,* cit., p. 139.

6. *Qualche questione ancora aperta di ordine processuale.*

A questo punto della trattazione ritengo opportuno tornare brevemente su alcuni ulteriori dubbi interpretativi che la previsione dell'art. 8.2 dell'Accordo del 1984 pone sotto il profilo processuale, riconnessi anzitutto alla qualificazione sistematico-funzionale dei provvedimenti in esame e generati dalla estrema laconicità della norma che si limita a riconoscere, lo ribadiamo: la competenza della Corte d'appello che abbia delibato la sentenza ecclesiastica[42] e la provvisorietà dei provvedimenti destinati ad essere confermati, revocati o modificati nel successivo giudizio di merito[43].

Anche nelle residuali ipotesi in cui la Corte d'appello sia chiamata a concedere i provvedimenti provvisori in esame, la loro immediata esecutività[44] li dota di un'efficacia destinata a permanere indipendentemente dalla instaurazione del giudizio di merito tendente ad accertare, con le garanzie della *plena cognitio*, il diritto sostanziale provvisoriamente riconosciuto. Tale circostanza aveva costituito una delle ragioni forti per escludere il carattere propriamente cautelare dei provvedimenti in esame[45], oggi superabile per effetto della nuova previsione di una tutela cautelare a strumentalità attenuata che a mente dell'art. 669 *octies*, comma 6 c.p.c. caratterizza anche i provvedimenti aventi funzione anticipatoria, quali senz'altro sono i provvedimenti disciplinati nell'art. 8.2 della legge n. 121 del 1985[46].

Riconosciuta la natura cautelare di questi provvedimenti le ampie lacune ravvisabili nella disciplina loro dedicata potranno essere colmate applicando, nei limiti di compatibilità, la disciplina del rito cautelare uniforme. Questo ci consentirà di dare una risposta ad un'altra questione strettamente processuale, che è quella dell'impugnabilità dei provvedimenti economici disposti dal giudice della delibazione ai sensi del cpv. dell'art. 8.2, solitamente esclusa, anche tramite il ricorso straordinario

---

[42] Presupposto di concedibilità dei provvedimenti *de quibus* è che la pronuncia di *exequatur* sia stata resa positivamente.

[43] Qualora la Corte d'appello avesse provveduto, seppur in via provvisoria, in ordine al mantenimento di uno dei coniugi, nell'eventuale giudizio di separazione ancora pendente non vi sarebbe spazio per la decisione sulla domanda di mantenimento, così si legge nella sentenza della Cassazione 11 settembre 2008, n. 23402, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 221 con nota di Rosa Thea Bonanzinga, *Provvedimenti economici provvisori in sede di delibazione di sentenze di nullità del matrimonio concordatario e giudizio di separazione*.

[44] Sul punto vedi *supra* nota 25 e testo corrispondente.

[45] Al riguardo Andrea Proto Pisani, *I provvedimenti patrimoniali*, cit., p. 128 e ss., preferiva includere i provvedimenti in esame nella categoria dei provvedimenti sommari-semplificati-esecutivi, nonostante la consapevolezza che qualificarli come cautelari avrebbe avuto il vantaggio di munire quei provvedimenti di una disciplina processuale tendenzialmente completa.

[46] Sul carattere anticipatorio dei provvedimenti *de quibus*, chiaramente, Cass. 19 novembre 2003, n. 17535, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 484 con nota di Alessandra Frassinetti, *Sui provvedimenti economici provvisori nella delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale*. Certo l'ultrattività dei provvedimenti economici di cui ci stiamo occupando potrebbe portare ad un paradosso: essi potrebbero superare in durata quelli pronunciati dal giudice competente nel giudizio definitivo, per loro natura invece limitati nel tempo. Non vi è possibilità di evitare una simile situazione a meno di non voler ritenere, come pure è stato suggerito in dottrina, che la Corte d'appello debba stabilire un termine per l'efficacia dei provvedimenti in esame. Così Franco Cipriani, *Nullità del matrimonio concordatario*, cit., p. 633.

per Cassazione, stante la loro provvisorietà[47]. L'attrazione di questi provvedimenti nell'alveo della tutela cautelare ne dovrebbe consentire la reclamabilità con l'apposito rimedio impugnatorio disciplinato nell'art. 669 *terdecies* c.p.c.[48].

7. *I provvedimenti nell'interesse della prole.*

L'art. 8.2 ult. cpv. fa esclusivo riferimento ai provvedimenti economici a favore di uno dei coniugi, nulla invece dispone con riguardo alla prole. A conclusione di questo commento, sebbene si tratti di un argomento non affrontato dalla sentenza in epigrafe, ritengo opportuno considerare brevemente i provvedimenti che in esito alla vanificazione del matrimonio potrebbero essere assunti nell'interesse della prole, alla luce anche delle recenti riforme che hanno interessato la filiazione.

Per i provvedimenti da rendersi a vantaggio della prole, anche in caso di nullità del matrimonio concordatario, dovrebbe trovare applicazione il 2° comma dell'art. 129 c.c., a mente del quale, in caso di nullità del matrimonio, «per i provvedimenti che il giudice adotta riguardo ai figli, si applica l'art. 155». Questa opzione interpretativa[49] risulta oggi ulteriormente avvalorata dalle modifiche apportate al codice civile per effetto del d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 intitolato: "Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione"[50], con il quale è stata data attuazione ai principi direttivi individuati per realizzare la piena parificazione di stato nella filiazione, secondo quanto previsto nella legge n. 219 del 2012. A tal fine è stato anzitutto riscritto l'art. 155 c.c. che, sotto l'immutata rubrica «Provvedimenti riguardo ai figli», oggi si limita a rinviare alle disposizioni contenute nel Capo II del Titolo IX, nel quale sono stati trasferiti, con qualche ritocco, gli (abrogati) artt. da 155 *bis* a 155 *sexies*, oggi artt. 337 *bis-octies* c.c.[51]. Per effetto di tale modifica il Capo II del Titolo IX è oggi intitolato: «*Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio*». Tale spostamento topografico nell'ambito dello stesso codice civile della disciplina sull'affidamento e il mantenimento dei minori, prima invece contemplata nella parte dedicata al matrimonio e specificamente nel capo relativo ai giudizi di separazione, serve chiaramente a fare

---

[47] In tal senso, Cass. 8 luglio 2009, n. 16051, in *Foro it.*, 2010, I, c. 107 e, più di recente, Cass. 1° giugno 2012, n. 8857, consultabile nella banca dati on line *De Jure*.

[48] Per Giorgio Costantino, *I provvedimenti «economici provvisori» e il nuovo procedimento cautelare*, in *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, cit., p. 142 ss., spec. p. 152, i provvedimenti provvisori in esame rientrerebbero tra quelli cui risulta applicabile la disciplina generale della tutela cautelare, con esclusione soltanto delle disposizioni incompatibili con la fattispecie specifica. Per la reclamabilità dei provvedimenti in esame v. anche Alessandra Frassinetti, *op. cit.*, p. 490 e Elisa De Feis, *Ancora sui limiti del sindacato giudiziale nella delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 993 ss., spec. p. 1001 e s.

[49] Resa possibile dal rinvio alla disciplina del matrimonio putativo disposto dall'art. 18 della legge 27 maggio 1929, n. 847, che si ritiene ancora in vigore.

[50] Si tratta del d. lgs. reso in attuazione dell'art. 2 della legge n. 219 del 2012.

[51] La mancata coincidenza nella numerazione degli articoli dipende dal fatto che l'art. 337 *bis* si limita a definire l'ambito applicativo delle disposizioni del Capo II del Titolo IX del Libro I, mentre l'art. 337 *ter* riproduce quanto precedentemente disposto nell'art. 155 c.c.

di questa disciplina quella generale per tutte le controversie genitoriali, così definitivamente chiarendo quanto già anticipato dalla legge n. 54 del 2006[52]. Dunque oggi non mi sembra possa dubitarsi che anche al cospetto di figli minori di una coppia il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo in sede ecclesiastica, in caso di contrasto tra i genitori, i provvedimenti sull'affidamento, il mantenimento e l'educazione della prole vadano assunti alla stregua delle previsioni dei "nuovi" artt. 337 *ter* e ss. c.c.

Rimane però da chiedersi a quale giudice proporre l'istanza per ottenere tali provvedimenti.

Pur nel silenzio dell'art. 8.2, in pendenza del giudizio di *exequatur*, riterrei che non si possa escludere la competenza della Corte d'appello, i cui provvedimenti condivideranno la medesima natura di quelli resi nell'interesse dei coniugi. Si tratterebbe, dunque, di provvedimenti anticipatori, caratterizzati dalla provvisorietà, sui quali dovrà tornare a decidere il giudice davanti al quale la Corte d'appello rimetterà le parti. Questo giudice in passato si era ritenuto potesse essere il tribunale specializzato minorile, quale «organo giurisdizionale funzionalmente preposto alla cura dell'interesse dei minori»[53]. E questo nonostante la rigorosa formulazione dell'art. 38 disp. att. c.c., che nella tassativa elencazione delle fattispecie di competenza del tribunale per i minorenni non annoverava quella in esame. A sostegno di questa opinione si sarebbe però potuta invocare, anche nella fattispecie *de qua*, la ricorrenza delle medesime esigenze di specializzazione dell'organo giudicante poste a fondamento delle plurime competenze espressamente richiamate nel citato art. 38. La riformulazione di questa disposizione, con una drastica riduzione della competenza del tribunale specializzato minorile per effetto dell'art. 3 della legge 10 dicembre 2012, n. 219, indizia oggi in senso contrario. Con il titolo «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali», la citata legge[54] realizza anzitutto l'auspicata equiparazione tra figli legittimi e naturali, con il conseguente riconoscimento dello stesso stato giuridico a tutti i figli nati dentro o fuori il matrimonio[55], del cui affidamento e mantenimento è oggi chiamato a decidere sempre il giudice ordinario[56], la cui competenza si amplia

---

[52] Già anteriormente al d. lgs. n. 154, in caso di nullità del matrimonio, eventualmente decisa in sede canonica, il rinvio all'art. 155 c.c., contemplato nell'art. 129 c.c., era stato inteso come estensibile anche agli artt. 155 *bis* e ss. c.c. per effetto dell'applicabilità della disciplina sull'affidamento condiviso anche ai casi di nullità del matrimonio, così come esplicitamente disposto dall'art. 4, comma 2 della legge n. 54 del 2006. In tal senso, Cristiano Felisio, *Le conseguenze in ambito civile della delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale: casi pratici*, in *Fam. dir*., 2009, p. 727 ss., spec. p. 745.

[53] Così Maria Giuliana Civinini, in *Foro it*., 1983, I, c. 896 ss., spec. c. 898. Diversamente Andrea Proto Pisani, *Replica*, in *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, cit., p. 168 e s., il quale ha sempre ritenuto competente il giudice ordinario, che però non avrebbe potuto adottare le forme agili del rito camerale, ma, ricorrendone i presupposti, avrebbe potuto disporre provvedimenti d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c.

[54] Pubblicata nella G.U. n. 293 del 17 dicembre 2012 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2013.

[55] In tal modo viene meno l'interesse a qualificare come legittimi o naturali i figli nati da genitori il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo.

[56] È questa l'inequivocabile conseguenza dell'esclusione dell'art. 317 *bis* c.c. (considerato nella sua originaria formulazione), dal novero degli articoli richiamati dal novellato art. 38 disp. att. c.c. per delimitare la competenza del giudice specializzato minorile. Ricordiamo che l'art. 317 *bis* disciplinava le modalità di risoluzione delle controversie sull'esercizio della potestà dei genitori rispetto ai figli

a discapito di quella del tribunale specializzato minorile[57], anche quando si tratti di decidere di materie tradizionalmente ricondotte alla competenza di questo giudice. Che è quanto oggi accade qualora si tratti di escludere o limitare la responsabilità genitoriale e sia pendente un giudizio di separazione o divorzio o un giudizio instaurato ai sensi dell'art. 316 c.c.

La piena parificazione di stato nella filiazione, unitamente al significativo ridimensionamento, in materia minorile, della competenza del giudice specializzato a vantaggio del giudice ordinario, non sembra far residuare dubbi sul riconoscimento a questo giudice della competenza a rendere, in via "definitiva", i provvedimenti che riguardino la prole di coloro il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo dal giudice ecclesiastico, sia nell'ipotesi in cui su di essi abbia anticipatamente deciso il giudice della delibazione, sia quando il giudizio delibativo si sia già concluso senza alcuna decisione al riguardo[58]. Quanto al rito che il tribunale seguirà per l'adozione di tali provvedimenti, la previsione del secondo periodo del comma 2 dell'art. 38 disp. att. c.c. farebbe propendere per quello camerale, alla cui disciplina tale previsione rinvia, pur con una riserva di compatibilità, quando si tratti di definire i provvedimenti relativi all'affidamento ed al mantenimento dei minori[59].

Qualora, al momento della delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, fosse ancora pendente un giudizio di separazione o di divorzio in cui si stia decidendo anche della sorte della prole, è ragionevole ritenere che sia questo il giudice chiamato a statuire sul loro mantenimento e affidamento[60], in un giudizio

---

naturali. Il d. lgs. n. 154 del 2013 ha opportunamente riscritto questo articolo, che oggi disciplina il diritto degli ascendenti «a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni», il cui impedimento consentirà l'instaurazione di un procedimento da svolgersi davanti al tribunale specializzato minorile.

[57] La nuova formulazione dell'art. 38 disp. att. c.c., sottrae alla competenza del tribunale specializzato minorile anche i provvedimenti contemplati negli artt. 171, 194, comma secondo, 250, 252, 262, 264, 316 c.c., la cui competenza passa al giudice ordinario.

[58] Qualora fosse contestualmente pendente un giudizio di separazione o divorzio, dovrebbe essere questo il giudice competente a decidere dell'affidamento della prole e di tutti i provvedimenti ad esso accessori. In questo senso v. Cass. 14 luglio 2011, n. 15558.

[59] Tale previsione affida genericamente al procedimento camerale la definizione delle controversie genitoriali. Ciò varrà senz'altro per i figli nati fuori dal matrimonio, ai quali riterrei di assimilare i figli di genitori il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo in sede ecclesiastica. In entrambi i casi, infatti, fuori dall'ipotesi in cui sia già pendente un giudizio di separazione o divorzio, occorrerà instaurare un giudizio, se così possiamo dire autonomo, avente ad oggetto l'affidamento ed il mantenimento dei minori, diversamente da ciò che accade quando tali provvedimenti riguardino i figli di genitori uniti in matrimonio, dei quali deciderà il giudice della separazione o del divorzio in seno a questo giudizio. Ma cosa accadrà quando si tratti di decidere dell'affidamento e del mantenimento dei figli nati da genitori il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo in sede civile? Per essi troverà applicazione il 2° comma dell'art. 128 c.c., che oggi, dopo il d. lgs. n. 154 del 2013, dispone così: "Il matrimonio dichiarato nullo ha gli effetti del matrimonio valido rispetto ai figli". Ciò però non basta a dare risposta alla domanda che ci siamo posti. Riterrei che, a mente del nuovo art. 38 disp. att. c.c., a decidere dei rapporti genitori-figli, anche in tal caso, non possa che essere il tribunale ordinario, in un giudizio che seguirà le regole del rito camerale.

[60] Che è quanto ragionevolmente affermato dai giudici di legittimità nelle sentenze 13 settembre 2002, n. 13428, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 76 e ss. e 6 marzo 2003, n. 3339, in *Arch. civ.,* 2003, p. 905. A mente poi del nuovo art. 38 disp. att. c.c. dovrebbe essere questo il giudice chiamato a rendere i provvedimenti limitativi o ablativi della potestà (oggi responsabilità) genitoriale che, fuori dall'ipotesi

dunque che è destinato a rimanere in corso per la definizione di questi rapporti. A maggior ragione poi se vi fosse già una sentenza di separazione che regolamenti anche il rapporto con i figli minori. Non vi è dubbio infatti che il rapporto genitori-figli non è destinato ad estinguersi, né a rimanere inciso per effetto della pronuncia di nullità del vincolo coniugale. Pertanto, in tal caso, la sentenza di separazione è destinata a rimanere *in parte qua* efficace e qualora intervenisse un mutamento delle circostanze in base alle quali i provvedimenti in esame siano stati emessi, la modifica sarà rimessa allo stesso giudice della separazione ai sensi di quanto disposto dall'art. 710 c.p.c., che sarà chiamato ad intervenire anche nel caso in cui il genitore si renda responsabile di gravi inadempienze o di atti che arrechino pregiudizio al minore, in applicazione di quanto previsto nell'art. 709 *ter* c.p.c.

---

in cui sia ancora in corso un giudizio di separazione o divorzio, spetterebbero invece alla competenza del giudice specializzato minorile. Si tratta di una previsione che conferisce al giudice ordinario una competenza per attrazione, che per funzionare necessita di un giudizio di crisi del matrimonio ancora in corso tra le stesse parti. È questa la ragione per cui, qualora sopraggiungesse il giudicato delibativo, la cessazione della materia del contendere nel giudizio di crisi del matrimonio, implicherebbe, a mio avviso, una restituzione della competenza sugli eventuali provvedimenti cc.dd. *de potestate* al giudice specializzato minorile.

Corte di Appello di Firenze
Decreto 23 settembre 2014

Matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero – Trascrizione nei registri dello stato civile – Comune – Sindaco – Potere di sovraordinazione dell'amministrazione statale

L'attività di tenuta dei registri dello stato civile costituisce prerogativa statale, svolta in via delegata dal Sindaco secondo il D.P.R. n. 396/2000. In questo senso, dunque, persiste un potere di "sovraordinazione" dell'amministrazione dello Stato rispetto alla attività svolta dal Sindaco in tale materia, così come previsto dall'art. 9 del decreto citato. Nel caso di specie (avente ad oggetto il diniego dell'ufficiale di stato civile a trascrivere l'atto di matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, conclusosi con un provvedimento del Tribunale adito recante l'ordine di trascrizione) il ricorso è stato invece indirizzato al Comune, sia pure nella persona del Sindaco, così pretermettendo dalla controversia quella parte necessaria che è l'autorità statale ovvero il Sindaco nella sua veste di delegato governativo. Ciò impone dunque la rimessione della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354 c.p.c.

Fonte: www.olir.it

Tribunale Civile di Pesaro
Decreto 21 ottobre 2014

Matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero – Trascrizione nei registri dello stato civile – Atto di matrimonio – Cancellazione

Il matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso non può essere considerato matrimonio per l'ordinamento italiano, mancando uno dei requisiti essenziali, e quindi non può produrre effetti giuridici. La logica conseguenza è che non è possibile alcuna trascrizione, non sussistendo alcun matrimonio per l'ordinamento italiano (nel caso di specie, il Tribunale adito ha ordinato la cancellazione dai registri dello stato civile della trascrizione dell'atto di matrimonio contratto in Olanda tra persone dello stesso sesso).

Fonte: www.olir.it

Tribunale dei minorenni di Roma
Sentenza 30 giugno-30 luglio 2014

Matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero – Adozione di un figlio biologico di una di esse

È consentito il ricorso all'adozione in casi particolari, da parte di due persone dello stesso sesso, di un figlio biologico di una di esse, in presenza di un superiore e preminente interesse del minore.

Fonte: www.altalex.com

Tribunale di Milano
Sentenza 17 luglio 2014

Matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero – Registri dello stato civile – Non trascrivibilità

Alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale europea e come chiarito dalla stessa giurisprudenza italiana, la ragione della non trascrivibilità dell'atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero non può più identificarsi nell'inesistenza del matrimonio per mancanza di un requisito minimo indispensabile, ma nell'inidoneità a produrre quale atto di matrimonio qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano. Ciò deriva dalla mancanza di una normativa sul punto che sia per l'ordinamento costituzionale interno sia per l'ordinamento sovranazionale è riservata in via esclusiva al Parlamento nazionale e che non può certo essere in alcun modo estrapolata in via interpretativa.

Fonte: www.olir.com

Tribunale di Milano
Sentenza 2 luglio 2014

Matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero – Registri dello stato civile – Non trascrivibilità

L'atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso non può essere trascritto perché non è idoneo a spiegare effetti giuridici nel nostro ordinamento sulla base dell'attuale vigente normativa. In particolare, nel caso di specie, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, sebbene la legge argentina abbia introdotto la possibilità di ottenere la rettificazione del sesso secondo una procedura peraltro meramente amministrativa, diversamente da quanto previsto dalla nostra legge 164/1982 che richiede in ogni caso una pronuncia giurisdizionale che accerti e dichiari il nuovo status della persona, essa tuttavia non attribuisce effetti retroattivi alla rettificazione in quanto – all'art. 7 – testualmente sancisce "gli effetti della rettifica del sesso e del proprio nome, ottenuti ai sensi della presente legge sono applicati a terzi dal momento dell'iscrizione nel registro". L'atto di matrimonio di cui si chiede la trascrizione risulta dunque essere un atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, come tale in Italia intrascrivibile nei registri dello stato civile.

Fonte: www.olir.com

Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome
Roma, 4 settembre 2014

Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale nr. 162/2014

PREMESSA

La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, riunita in seduta straordinaria in data odierna, ha esaminato il testo del documento elaborato dalla Commissione Salute a seguito del lavoro istruttorio condotto dallo specifico gruppo tecnico scientifico di esperti sulla Procreazione Medicalmente Assistita (di seguito PMA).

Preliminarmente le Regioni e PP.AA. sottolineano che hanno preso atto della sentenza della Corte Costituzionale del 9 aprile 2014, n. 162, depositata il 10 giugno 2014 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 18 giugno 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa contenuto nell'articolo 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), che ha innescato riflessioni e ipotesi normative in merito all'applicazione di questa metodica sia a livello ministeriale, che regionale e di società scientifiche.

Considerato che il Governo ha ritenuto di non intervenire con un proprio provvedimento normativo in una materia così delicata per le sue implicazioni etiche lasciando tale competenza al Parlamento, le Regioni e PP.AA. hanno condiviso la responsabilità di fornire indirizzi operativi ed indicazioni cliniche omogenee al fine di rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale, dimostrando capacità di *governance* nazionale.

È stato pertanto concordato di definire, in attesa che il Parlamento legiferi in materia, un accordo interregionale che verrà recepito dalle singole Regioni e PP.AA., il quale avrà valenza transitoria, ma che permetterà comunque alle coppie che ne faranno richiesta di poter accedere alla fecondazione eterologa.

Gli indirizzi operativi e le indicazioni cliniche contenute nel presente documento si dovranno applicare alle strutture pubbliche, a quelle accreditate nonché a quelle private non accreditate.

Le Regioni e le PP.AA. considerano che omologa ed eterologa, alla luce della sentenza della Corte Costituzionale, risultano entrambe modalità di PMA riconosciute LEA, anche sulla scorta del parere favorevole espresso in sede di Conferenza Stato-Regioni del 29 aprile 2004 sul riparto delle risorse destinate a favorire l'accesso alle tecniche di PMA, previsto dall'art. 18 della Legge 40/2004.

Ai fini del riconoscimento economico, le Regioni e le PP.AA. evidenziano la necessità di inserire nel DPCM di adeguamento dei LEA, così come definito nel Patto per la Salute 2014-2016, la PMA omologa ed eterologa.

PRESO ATTO della nota dell'8 Agosto 2014 del Ministro della Salute ai Capigruppo Parlamentari con la quale il Ministro sottolinea i cardini principali, che sono condivisi dalle Regioni, sui quali dovrebbe basarsi la organizzazione delle procedura di PMA da donazione, che sono:

- Il recepimento di parte della direttiva 2006/17/CE;
- L'istituzione di un registro nazionale per la tracciabilità donatore-nato;
- La regola della gratuità e volontarietà della donazione di cellule riproduttive;
- Il principio di anonimato del donatore e la sua deroga esclusivamente per esigenze di salute del nato;
- L'introduzione di un limite massimo alle nascite da un medesimo donatore;
- L'introduzione di un limite minimo e massimo di età per i donatori;
- L'introduzione immediata della fecondazione eterologa nei LEA, con relativa copertura finanziaria.

CONSIDERATO che la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo richiede, rispetto a quella di tipo omologo, un'attività specifica consistente nella selezione dei donatori di gameti, secondo criteri di sicurezza e al fine di garantire la tutela della salute, la regolamentazione tecnica dovrebbe in particolar modo dettagliare:

- I criteri di selezione dei donatori e dei riceventi;
- La precisazione degli esami infettivologici e genetici da effettuare;
- Le regole sull'anonimato dei donatori;
- Il numero di donazioni che sarà possibile effettuare da parte di un donatore/donatrice;
- La tenuta della tracciabilità delle donazioni e degli eventi avversi;
- I criteri che i soggetti interessati dovranno seguire per l'esecuzione della metodica.

La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, al fine di rendere omogeneo a livello nazionale l'accesso alle procedure eterologhe, ha concordato i seguenti indirizzi operativi per le Regioni e le Province Autonome, che saranno recepiti con delibera di giunta regionale o con specifico provvedimento regionale.

Sulla scorta della sentenza della Corte Costituzionale del 9 aprile 2014, n. 162, con i presenti indirizzi operativi si stabiliscono le disposizioni per consentire l'avvio delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, comprese quelle che impiegano gameti maschili e femminili entrambi donati da soggetti diversi dai componenti della coppia ricevente, garantendo la sicurezza e la tutela della salute di tutti i soggetti coinvolti.

La donazione di cellule riproduttive da utilizzare nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo è atto volontario, altruista, gratuito, interessato solo al "bene della salute riproduttiva" di un'altra coppia. Non potrà esistere una retribuzione economica per i donatori/donatrici, né potrà essere richiesto alla ricevente contributo alcuno per i gameti ricevuti. Non si escludono forme di incentivazione alla donazione di cellule riproduttive in analogia con quanto previsto per donazione di altre cellule, organi o tessuti. Ai donatori con rapporto di lavoro dipendente, ovvero interessati dalle tipologie contrattuali di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, possono essere applicate le disposizioni previste dalla normativa vigente in materia di attività trasfusionali e di trapianto di midollo. L'importazione e l'esportazione di gameti sono consentite, rispettivamente, solo da e verso istituti di tessuti accreditati/autorizzati ai sensi della normativa europea vigente in materia. Si rinvia a quanto disposto dal Decreto Min. Salute del 10 ottobre 2012 attuativo dell'art 9 DLgs 191/07. Inoltre, il procedimento di selezione dei donatori e gli accertamenti di screening devono essere conformi al presente documento.

Centri autorizzati alla pratica della fecondazione eterologa

La normativa europea identifica i Centri di PMA come Istituti dei Tessuti e non individua ulteriori requisiti per i centri che pratichino PMA eterologa rispetto ai requisiti necessari alla pratica omologa, perciò solo i centri PMA, conformi alle normative regionali in materia di autorizzazione/accreditamento, risultano parimenti idonei ad effettuare procedure di PMA anche eterologa compresa la fase di selezione dei donatori/donatrici, il recupero e la crioconservazione dei gameti. I trattamenti clinici di fecondazione eterologa ed i corrispondenti risultati dovranno essere comunicati annualmente in forma aggregata (in attesa di appositi approfondimenti da parte del Garante della Privacy) al Registro Nazionale PMA, analogamente a quanto obbligatorio per i trattamenti omologhi.

Requisiti soggettivi delle coppie di pazienti che possono usufruire della donazione di gameti

La metodica di PMA eterologa è eseguibile unicamente qualora sia accertata e certificata una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità. Possono far ricorso alla PMA di tipo eterologo coniugi o conviventi di sesso diverso, maggiorenni, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi (art 5, legge 40 /2004). Deve ritenersi applicabile anche per la PMA eterologa il limite di età indicato nella previsione contenuta nell'art. 4 L. 40/04 secondo la quale può ricorrere alla tecnica la donna "in età potenzialmente fertile" e comunque in buona salute per affrontare una gravidanza. su suggerimento delle Società Scientifiche, si sconsiglia comunque la pratica eterologa su donne di età >50 anni per l'alta incidenza di complicanze ostetriche. Per la donazione di gameti maschili è comunque rilevante allo stesso modo l'età della partner, con le stesse limitazioni.

Indicazioni cliniche alla fecondazione eterologa

Devono essere certificate dal medico del centro su certificato di accesso alle tecniche PMA e sono sottoelencate.

a) femminili: le indicazioni sono tutte le situazioni mediche o iatrogene di sterilità comprovata in cui la donna non possa disporre di propri ovociti validi:

- Donne con ipogonadismo ipergonadotropo;
- Donne in avanzata età riproduttiva ma comunque in età potenzialmente fertile;
- Donne con ridotta riserva ovarica dopo fallimento di fecondazione omologa;
- Donne che sanno di essere affette o portatrici di un significativo difetto genetico o che hanno una storia familiare di una condizione per la quale lo stato di portatore non può essere determinato;
- Donne con ovociti e/o embrioni di scarsa qualità o ripetuti tentativi di concepimento falliti tramite tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA);
- Donne con fattore iatrogeno di infertilità.

b) maschili: le indicazioni alla donazione sono tutte le situazioni mediche o iatrogene di sterilità comprovata che determinano l'indisponibilità di spermatozoi utilizzabili.

- Partner maschile con dimostrata infertilità da fattore maschile severo (cioè, azoospermia e oligoastenoteratozoospermia severa o mancata fertilizzazione dopo iniezione intracitoplasmatica di sperma [ICSI]).
- Partner maschile con disfunzione eiaculatoria incurabile.

- Uomini che sanno di essere affetti o portatori di un significativo difetto genetico o che hanno una storia familiare di una condizione per la quale lo stato di portatore non può essere determinato.
- Partner maschile con una infezione sessualmente trasmissibile che non può essere eliminata.
- Uomini con fattore iatrogeno di infertilità.
- La partner femminile è Rh-negativo e gravemente isoimmunizzata e il partner maschile è Rh-positivo.

Selezione dei donatori

La donazione di gameti è consentita ai soggetti di sesso maschile di età non inferiore ai 18 anni e non superiore ai 40 anni, e ai soggetti di sesso femminile di età non inferiore ai 20 anni e non superiore ai 35 anni.

Donatori di gameti maschili

Sono candidabili i seguenti soggetti

1. quelli che in modo spontaneo e altruistico decidono di donare i propri gameti e non si stanno sottoponendo ad un trattamento di fecondazione assistita a loro volta;
2. quelli che si stanno sottoponendo ad un trattamento di fecondazione assistita a loro volta;
3. quelli che hanno congelato gameti in passato e non volendo utilizzarli decidono di donarli.

N.B. I gameti dei candidati donatori che rientrano nei punti 2 e 3 potranno essere utilizzati qualora gli stessi rientrino nei criteri generali di selezione dei donatori, inclusi i risultati delle indagini infettivo logiche, genetiche e psicologiche.

Selezione

La selezione di un donatore dovrebbe essere effettuata da un team composto da endocrinologo/urologo con competenze andrologiche e biologo, con possibilità di consulenza da parte di un genetista ed uno psicologo, sotto la supervisione del Responsabile del Centro.

- I criteri principali nella scelta di un donatore sono il buono stato di salute e l'assenza di anomalie genetiche note all'interno della famiglia (questo deve essere definito attraverso una accurata anamnesi genetica anche mediante un questionario validato da genetisti). Il donatore deve essere in grado di fornire notizie circa lo stato di salute di entrambi i genitori biologici (non deve essere adottato, né concepito a sua volta da donatore di gameti, né figlio di padre/madre non noto);
- Il donatore deve essere in grado di intendere e di volere, in buone condizioni di salute psico-fisica e non presentare nell'anamnesi elementi che indirizzino verso malattie ereditarie e familiari.
- La valutazione dei donatori dovrebbe anche affrontare l'esistenza di potenziali motivi finanziari o emotivi che possono condizionare la donazione.
- La selezione dei donatori con fertilità provata è cosa auspicabile ma non obbligatoria.
- È raccomandabile una valutazione e consulenza psicologica, per tutti i donatori di seme. La valutazione dovrebbe includere un colloquio clinico e, se necessario, test psicologici.
- Nessun proprietario, operatore, direttore del laboratorio o dipendente del

centro che esegue l'inseminazione può essere utilizzato come donatore.

- Né il medico del paziente né l'esecutore dell'inseminazione può essere donatore del seme.
- Sono esclusi dalla donazione uomini che abbiano esposizione professionale ad alto rischio per tossicità riproduttiva (radiazioni o sostanze chimiche)
- Sono esclusi dalla possibilità di donare gameti i pazienti che abbiano effettuato e concluso trattamenti con chemioterapici o radioterapia da meno di due anni

Test e screening per controllo dei donatori

Test del seme

Si consiglia di analizzare più di un campione seminale (ciascuno dopo un'astinenza di 2-5 giorni) prima di procedere con una più approfondita valutazione del candidato donatore.

Il campione deve essere esaminato entro 1-2 ore dopo l'eiaculazione in un contenitore sterile. I criteri utilizzati per giudicare la normalità del campione possono variare tra i laboratori. Ci sono standard non uniformemente accettati, ma, in generale, possono essere applicati i criteri minimi per definire normale il campione di seme. Si dovrebbero utilizzare solo campioni seminali con valori al di sopra del 50% centile dei valori di riferimento del WHO (linee guida internazionali) per quanto riguarda concentrazione e motilità progressiva.

Test di crioconservazione/scongelamento: Il recupero dopo scongelamento deve fornire una percentuale di spermatozoi dotati di motilità rettilinea > 50% di quello del seme pre-crioconservazione.

Valutazione genetica

Devono essere eseguiti in tutti i donatori il cariotipo e il test per rilevare lo stato di portatore di fibrosi cistica ed eventualmente l'elettroforesi emoglobina per la ricerca delle emoglobine patologiche in base al risultato dell'emocromo (MCV ridotto). Eventuali approfondimenti genetici saranno considerati sulla base del risultato della valutazione genetica anamnestica.

Storia medica e valutazione clinica

I donatori devono essere sani e con anamnesi negativa per malattie ereditarie.

Deve essere raccolta accuratamente la storia personale e sessuale per escludere donatori ad alto rischio per HIV, malattie sessualmente trasmissibili, o altre infezioni trasmissibili attraverso la donazione di gameti. Il donatore deve essere sottoposta ad una accurata visita medica.

Analisi di laboratorio

Non esiste un metodo per garantire in maniera assoluta che nessun agente infettivo possa essere trasmesso con l'inseminazione con donazione di seme. Comunque le seguenti linee guida, combinate con un adeguata anamnesi e l'esclusione di soggetti ad alto rischio per HIV e altre malattie sessualmente trasmissibili, possono significativamente ridurre tali rischi. Si richiede che vengano eseguiti i seguenti test,

conformemente all'allegato II, punto 1.1 del Dlgs 16/2010, utilizzando metodi appropriati, allo scopo di determinare l'ammissibilità dei donatori. I risultati negativi devono essere documentati prima dell'uso di spermatozoi del donatore (I centri che utilizzano spermatozoi procurandoseli da una banca o da altro centro PMA, devono possedere la documentazione degli esami eseguiti)

- HBsAg o HBV-NAT, HBs Ab, HBcAb IgG e IgM ,
- Ab anti HCVAb o HCV-NAT
- HIV 1/2 ab (IV generazione) o HIV-NAT
- Ab anti-Citomegalovirus IgG, IgM
- TPHA-VDRL
- HTLV I e II (L'esame degli anticorpi HTLV va effettuato sui donatori che vivono in aree ad alta prevalenza o ne sono originari o i cui partner sessuali provengono da tali aree, ovvero qualora i genitori del donatore siano originari di tali aree).

I campioni di sangue vanno prelevati al momento di ogni singola donazione, se eseguite a distanza superiore di 90 giorni.

Le donazioni di gameti sono messe in quarantena per almeno 180 giorni e successivamente occorre ripetere gli esami. In caso di conferma della negatività degli esami il campione potrà essere utilizzato. Fa eccezione il caso in cui il campione di sangue prelevato al momento della donazione venga sottoposto a test con tecnica di amplificazione nucleica (NAT) per HIV, HBV, e HCV, purchè eseguita il più possibile vicino alla donazione; in tal caso i gameti possono essere utilizzati senza attendere il periodo di quarantena. I risultati di queste indagini devono essere disponibili prima dell'utilizzo dei gameti.

Oltre agli esami sierologici i donatori di gameti maschili dovranno essere sottoposti a :

- Spermiocoltura, urinocoltura, ricerca di Neisseria Gonorrhoeae, Micoplasma Hominis, Ureaplasma Urealyticum, Chlamydia Trachomatis nel liquido seminale o nelle urine o nel tampone uretrale/urine primo mitto.
- Gruppo sanguigno e fattore Rh
- Analisi chimico-cliniche di base (emocromo, glicemia, creatinina, colesterolo totale, HDL, trigliceridi, transaminasi, G6PDH).

Gestione dei risultati di laboratorio

La positività ai test eseguiti dovrebbe essere verificata prima di notificarla al potenziale donatore. Se la positività venisse confermata, l'individuo dovrebbe essere indirizzato ad una appropriata consulenza e work up clinico.

Risultati falsi positivi per la sifilide ottenuti utilizzando saggi non treponemici e che si confermano negativi con saggi treponemici risultano idonei per la donazione.

È opportuno che il partner, in ogni coppia che richiede inseminazione con seme donato, sia sottoposto ad una valutazione clinica appropriata e a test infettivologici allo scopo di risolvere eventuali problemi medico/legali che potrebbero sorgere qualora il partner sieroconverta durante o dopo l'inseminazione.

Donatrici di gameti femminili

La donazione degli ovociti richiede stimolazione ovarica con monitoraggio e recupero degli ovociti. Comporta quindi, a differenza della donazione di gameti maschili, considerevoli disagio e rischi per la donatrice.

Sono candidabili i seguenti soggetti

1. Donne che in modo spontaneo e altruistico decidono di donare i propri gameti

e non si stanno sottoponendo ad un trattamento di fecondazione assistita a loro volta;

2. Donne che si stanno sottoponendo ad un trattamento di fecondazione assistita a loro volta;

3. Donne che hanno congelato gameti in passato e non volendo utilizzarli decidono di donarli.

N.B. I gameti dei candidati donatori che rientrano nei punti 2 e 3 potranno essere utilizzati qualora gli stessi rientrino nei criteri generali di selezione dei donatori, inclusi i risultati delle indagini infettivo logiche, genetiche e psicologiche.

Selezione

È fortemente raccomandato per la donatrice degli ovociti e per il suo partner (se esistente) una valutazione e consulenza psicologica fornita da un professionista qualificato.

- La selezione di una donatrice dovrebbe essere effettuata da un team composto da ginecologo e biologo con possibilità di consulenza da parte di un genetista ed uno psicologo, sotto la supervisione del Responsabile del Centro.
- I criteri principali nella scelta di una donatrice sono il buono stato di salute e l'assenza di anomalie genetiche note all'interno della famiglia (questo deve essere definito attraverso una accurata anamnesi genetica anche mediante un questionario validato da genetisti). La donatrice deve essere in grado di fornire notizie circa lo stato di salute di entrambi i genitori biologici (non deve essere adottato, né concepito a sua volta da donatore di gameti, né figlio di padre/madre non noto);
- La donatrice deve essere in grado di intendere e di volere, in buone condizioni di salute psico-fisica e non presentare nell'anamnesi elementi che indirizzino verso malattie ereditarie e familiari.
- La valutazione delle donatrici dovrebbe anche affrontare l'esistenza di potenziali motivi finanziari o emotivi che possono obbligare alla donazione.
- Nessuna proprietaria, operatrice, direttrice del laboratorio o dipendente del centro dove si esegue lo screening per la donazione di ovociti può essere la donatrice degli ovociti.
- Né il medico del paziente né l'esecutore dell'inseminazione può essere donatore di ovociti.
- Sono escluse dalla donazione donne che abbiano esposizione professionale ad alto rischio per tossicità riproduttiva (radiazioni o sostanze chimiche)
- Sono escluse dalla possibilità di donare gameti le pazienti che abbiano effettuato e concluso trattamenti con chemioterapici o radioterapia da meno di due anni

Test e screening per controllo delle donatrici di ovociti

Valutazione genetica

Devono essere eseguiti in tutte le donatrici il cariotipo e il test per rilevare lo stato di portatore di fibrosi cistica ed eventualmente l'elettroforesi emoglobina per la ricerca delle emoglobine patologiche in base al risultato dell'emocromo (MCV ridotto). Eventuali approfondimenti genetici saranno considerati sulla base del risultato della valutazione genetica anamnestica.

Storia medica e valutazione clinica

Le donatrici devono essere sane e con anamnesi negativa per malattie ereditarie.

La potenziale donatrice dovrà presentare delle caratteristiche cliniche (ormonali ed ecografiche) compatibili con una donazione di ovociti adeguata, avere cicli mestruali regolari con assenza di patologia ovarica ed endocrinologica.

Deve essere raccolta accuratamente la storia personale e sessuale per escludere donatori ad alto rischio per HIV, malattie sessualmente trasmissibili, o altre infezioni trasmissibili attraverso la donazione di gameti. La donatrice deve essere sottoposta ad una accurata visita medica.

Analisi di laboratorio

Non esiste un metodo per garantire in maniera assoluta che nessun agente infettivo possa essere trasmesso attraverso la donazione di ovociti. Comunque le seguenti linee guida, combinate con un adeguata anamnesi e l'esclusione di soggetti ad alto rischio per HIV e altre malattie sessualmente trasmissibili, possono significativamente ridurre tali rischi. Si richiede che vengano eseguiti i seguenti test, conformemente all'allegato II, punto 1.1 del Dlgs 16/2010, utilizzando metodi appropriati, allo scopo di determinare l'ammissibilità delle donatrici, e che i risultati negativi siano documentati prima dell'uso degli ovociti della donatrice. (I centri che utilizzano ovociti procurandoseli da altro centro PMA , devono possedere la documentazione degli esami eseguiti)

- HBsAg o HBV-NAT, HBs Ab, HBcAb IgG e IgM,
- Ab anti HCVAb o HCV-NAT
- HIV 1/2 ab (IV generazione) o HIV-NAT
- Ab anti-Citomegalovirus IgG, IgM
- TPHA-VDRL
- HTLV I e II (L'esame degli anticorpi HTLV va effettuato su donatrici che vivono in aree ad alta prevalenza o ne sono originarie o i cui partner sessuali provengono da tali aree, ovvero qualora i genitori del donatore siano originari di tali aree).

I campioni di sangue vanno prelevati al momento di ogni singola donazione.

Quarantena degli ovociti: il congelamento degli ovociti non può essere eseguito in modo standardizzato; pertanto, la messa in quarantena degli ovociti non consente risultati di sopravvivenza e di gravidanza sovrapponibili all'utilizzo di ovociti freschi in modo standardizzato. In caso di utilizzo di ovociti freschi va effettuato sempre uno screening con esami virologici in PCR Real Time (NAT per HIV, HBV, e HCV). Resta comunque necessario effettuare i test sierologici previsti.

Nel caso di ovociti crioconservati, le donazioni sono messe in quarantena per almeno 180 giorni e successivamente occorre ripetere gli esami. In caso di conferma della negatività degli esami il campione potrà essere utilizzato. I risultati di queste indagini devono essere disponibili prima dell'utilizzo dei gameti.

Oltre agli esami sierologici le donatrici di ovociti dovranno essere sottoposte ai seguenti esami:

- Gruppo sanguigno e fattore Rh
- Analisi chimico-cliniche di base (emocromo, glicemia, creatinina, colesterolo totale, HDL, trigliceridi, transaminasi, G6PDH).
- Tampone vaginale e cervicale con ricerca di Neisseria Gonorrhoeae, Micoplasma Hominis, Ureaplasma Urealyticum, Chlamydia Trachomatis.

Inoltre sono consigliabili un PAP-test o HPV-test ed un'ecografia mammaria eseguiti nell'ultimo anno.

Gestione dei risultati di laboratorio

La positività ai test eseguiti dovrebbe essere verificata prima di notificarla alla potenziale donatrice. Se la positività venisse confermata, l'individuo dovrebbe essere indirizzato ad una appropriata consulenza e work up clinico.

Risultati falsi positivi per la sifilide ottenuti utilizzando saggi non treponemici e che si confermano negativi con saggi treponemici risultano idonei per la donazione.

Scelta delle caratteristiche fenotipiche del donatore

Non è possibile per i pazienti scegliere particolari caratteristiche fenotipiche del donatore, al fine di evitare illegittime selezioni eugenetiche. In considerazione del fatto che la fecondazione eterologa si pone per la coppia come un progetto riproduttivo di genitorialità per mezzo dell'ottenimento di una gravidanza, il centro deve ragionevolmente assicurare la compatibilità delle principali caratteristiche fenotipiche del donatore con quelle della coppia ricevente.

Anonimato dei donatori e tutela della riservatezza

Ferma restando la regola di anonimato di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, e successive modificazioni, la donazione deve essere anonima (cioè non deve essere possibile per il donatore risalire alla coppia ricevente e viceversa). I dati clinici del donatore/donatrice potranno essere resi noti al personale sanitario solo in casi straordinari, dietro specifica richiesta e con procedure istituzionalizzate, per eventuali problemi medici della prole, ma in nessun caso alla coppia ricevente. L'accessibilità alla informazione sarà gestita informaticamente con il controllo di tracciabilità. I donatori/donatrici non hanno diritto di conoscere identità del soggetto nato per mezzo di queste tecniche e il nato non potrà conoscere l identità del donatore/donatrice. Eventuali modifiche introdotte alla disciplina dell'anonimato della donazione successivamente alla applicazione del presente documento dovranno comunque garantire l'anonimato ai donatori che hanno donato prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina. Le persone che partecipano a programmi di donazione dovrebbero essere certi che la loro riservatezza sarà rispettata.

Consenso informato per donatori/donatrici

È essenziale per il/la donatore/donatrice firmare un consenso informato, che dovrebbe includere un fermo diniego di non avere nessun conosciuto fattore di rischio per malattie sessualmente trasmissibili e malattie genetiche. È necessario che il/la donatore/donatrice riconosca nel consenso informato la sua responsabilità di notificare al programma di donazione eventuali cambiamenti nel suo stato di salute o di fattori di rischio. Il/la donatore/donatrice deve anche specificare se accetta che i suoi gameti vengano utilizzati anche a scopo di ricerca, se non più utilizzabili per ulteriori donazioni.

Ai fini della manifestazione del consenso informato, e fermo restando quanto previsto dall'articolo 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, e dall'articolo 13 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, e successive modificazioni, al donatore deve essere data comunicazione della possibilità di essere contattato nei casi e con le modalità descritte nel capitolo "Anonimato dei donatori e tutela della riservatezza" e deve darne apposito consenso.

Il consenso informato dovrà riportare che, sulla base dell'art. 9 comma 3 della Legge 40/2004, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

Tutte le donatrici di ovociti devono essere informate esplicitamente dei rischi e degli effetti collaterali connessi con la stimolazione ovarica e recupero degli ovociti; questa consulenza deve essere documentata nel consenso medico informato.

I donatori devono essere liberi di revocare, in qualsiasi momento e senza alcuna spesa o pretesa economica, da parte del Centro di PMA che ha effettuato la raccolta e/o di quello che intendeva utilizzare i gameti, il consenso prestato per l'ulteriore impiego dei loro gameti.

Consenso informato della coppia che riceve la donazione

Oltre a tutte le informazioni previste per le analoghe tecniche di primo e secondo livello di PMA, per tutti gli aspetti sovrapponibili delle tecniche omologhe ed eterologhe, e per le implicazioni legali della esecuzione delle tecniche stesse in ordine al ritiro del consenso informato e al riconoscimento della maternità e paternità del nato, la coppia ricevente le cellule riproduttive deve essere compiutamente informata sulla circostanza che risulta impossibile diagnosticare e valutare tutte le patologie genetiche di cui risultassero eventualmente affetti il donatore/donatrice con ogni effetto consequenziale in relazione alla eventuale imputazione della responsabilità. La coppia deve essere a conoscenza che il rischio di malattie e anomalie congenite nella prole risulta sovrapponibile a quello della popolazione generale. Particolare attenzione andrà posta agli aspetti psicologici, etici e sociali.

Numero di donazioni

Le cellule riproduttive di un medesimo donatore non potranno determinare più di dieci nascite. Tale limite può essere derogato esclusivamente nei casi in cui una coppia, che abbia già avuto un figlio tramite procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, intenda sottoporsi nuovamente a tale pratica utilizzando le cellule riproduttive del medesimo donatore. Il Centro PMA che utilizza i gameti dei donatori/donatrici deve registrare i dati della gravidanza ottenuta (positività beta-HCG, gravidanza clinica in evoluzione), la successiva nascita, eventuali aborti ed eventuali malformazioni del neonato. Qualora la gravidanza non dovesse portare alla nascita di un feto vivo, la procedura non va considerata tra le dieci nascite consentite.

Tracciabilità ed eventi avversi

I centri PMA garantiscono la tracciabilità del percorso delle cellule riproduttive dalla donazione all'eventuale nascita. Si applicano tutte le disposizioni vigenti in materia di donazione, approvvigionamento, controllo, lavorazione, conservazione, stoccaggio e distribuzione di tessuti e cellule umani.

I centri devono assicurare il mantenimento del livello più alto possibile di sicurezza nella manipolazione e nella conservazione dei gameti. La regolamentazione e le procedure di manipolazione e di conservazione dei gameti sono definite dalla normativa attualmente in vigore. Devono essere applicate nel laboratorio le appropriate procedure per il controllo di qualità.

I gameti devono essere raccolti presso il Centro che esegue la crioconservazione. Il centro PMA che pratica l'eterologa deve avere un archivio dedicato (cartaceo ed elettronico) dove verranno conservate le cartelle cliniche dei donatori e accessibile solo da personale sanitario autorizzato. Solo su motivata richiesta dell'Autorità Giudiziaria o dell'autorità di controllo (Regione/CNT), il Responsabile dell'Istituto di tessuti potrà fornire i dati utili per risalire al donatore. I records relativi a ciascun donatore (di screening e i risultati dei test) devono essere mantenuti per almeno 30 anni dall'utilizzo.

Nelle more della istituzione di un archivio centralizzato delle donazioni di gameti, che consenta di rilevare eventuali plurime donazioni dello stesso donatore in diverse sedi e di tenere sotto controllo il numero delle nascite ottenute, in modo che non superi quanto consentito, ed in attesa della normativa comunitaria prevista per il 2015 sulla codifica delle singole donazioni, in via transitoria è previsto che il donatore/donatrice deve mettere a disposizione di un solo centro i propri gameti e di tale prassi deve essere informato prima della donazione. Al fine di evitare che uno stesso donatore si rivolga a più banche, il donatore/donatrice deve dichiarare, sotto la propria responsabilità, di non aver effettuato donazioni in altri centri. Sarà quindi compito del Centro stesso registrare le gravidanze ottenute con gameti del donatore in modo che non superino il numero consentito.

L'esito clinico di ogni ciclo di inseminazione deve essere registrato così come la segnalazione di qualsiasi evento avverso comprese le malattie ereditarie identificate in fase pre-natale o post-natale. Nel caso in cui una malattia ereditaria precedentemente non identificata si diagnostichi in un bambino nato da donazione anonima, il donatore e il ricevente dovrebbero essere testati e ulteriori campioni del donatore non dovrebbero essere donati. Se il donatore è risultato essere il portatore della malattia ereditaria, tutti i destinatari dei gameti donati devono essere messi al corrente. Devono essere conservati records dei donatori come fonte di dati medici per qualsiasi nato (obbligo di comunicazione al CNT e al Registro PMA di evento avverso).

Fattibilità e aspetti finanziari della fecondazione omologa ed eterologa

La Conferenza delle Regioni e delle province autonome ha sottolineato l'urgente necessità dell'inserimento nei LEA delle tecniche di PMA omologa e di quella eterologa.

Inoltre, ha ritenuto necessario che per la PMA eterologa le strutture pubbliche e quelle accreditate siano pronte ad effettuare queste metodiche, attraverso una quantificazione economica omogenea tra le Regioni e Province Autonome mediante il riconoscimento delle prestazioni delle attività svolte da parte del SSN.

Per quanto riguarda i cicli di omologa, si propongono dei criteri di accesso a carico del SSN, che comprendono l'età della donna (fino al compimento del 43 anno) ed il numero di cicli che possono essere effettuati nelle strutture sanitarie pubbliche (massimo 3), e propone gli stessi criteri d'accesso anche per la PMA eterologa.

Molte Regioni hanno già recepito queste indicazioni nelle rispettive autonomie.

Per una puntuale analisi dei costi della PMA eterologa da utilizzare anche in questa fase transitoria, così come è stato per le tecniche di PMA omologa, è stato condiviso di coinvolgere in tempi ristretti esperti della materia per analizzare nel complesso tutti gli aspetti.

La possibilità di inserire anche la PMA eterologa nei LEA dovrebbe considerare i seguenti passaggi:

1. Valutazioni cliniche dei donatori
2. Indagini di screening per la selezione dei donatori
3. Test del seme e crioconservazione dei gameti
4. Eventuale rimborso per giornate di lavoro perdute dei/delle donatori/donatrici
5. Indagini cliniche e di screening nei riceventi e nei loro partner
6. Impiego farmacologico per l'induzione dell'ovulazione
7. Preparazione al transfer per la donna ricevente
8. Monitoraggio ecografico dell'ovulazione e prelievo degli ovociti.

La valutazione economica delle tecniche di fecondazione eterologa da questa fase in poi si identifica con le tecniche di PMA omologhe.

Presentazione

Questo numero della rubrica è dedicato in particolar modo alla giurisprudenza, con alcune sentenze davvero interessanti.

Relativamente ai simboli religiosi: essi possono essere posti in pubblico, anche con fondi pubblici, se funzionali ad un progetto turistico (Francia); il divieto d'indossare simboli religiosi ostentatori è sì obbligatorio solo per le scuole statali, ma non si potrebbe rimproverare ad una scuola privata di volervisi uniformare volontariamente (Francia); un provvedimento amministrativo ministeriale non può introdurre un divieto generale per le alunne d'indossare simboli religiosi nelle scuole, anche se pubbliche (Belgio); il divieto d'indossare il velo islamico nei tribunali è incostituzionale perché viola i principî costituzionali di eguaglianza e di libertà religiosa (Turchia).

Relativamente alla Chiesa cattolica: la cancellazione d'un Battesimo dal relativo registro è inammissibile, limitandosi a registrare un fatto storico realmente avvenuto (Francia); un rapporto di lavoro con entità riconducibili alla Chiesa cattolica richiede il rispetto dei principî di quest'ultima, perciò, ad oggi, è perfettamente legittimo il licenziamento di divorziati risposati (Germania).

Relativamente all'Islam: il cambiamento di nome per sole ragioni religiose non è ammissibile su di un bambino (Francia); è vietata l'applicazione della sharia in giudizî di tipo arbitrale con effetti civili (USA).

Relativamente alla libertà religiosa: per i detenuti musulmani, la possibilità di avere in carcere alimenti halal è subordinata a ragioni di bilancio, oppure le relative spese saranno a carico del detenuto (USA); il fatto d'abbinare in una stessa cella detenuti di fede religiosa diversa non viola la libertà religiosa di nessuno dei due (USA); un paziente islamico di sesso maschile non vede violata la propria libertà religiosa se in ospedale viene curato da un medico di sesso femminile (USA); per i detenuti ebrei, la possibilità di avere in carcere alimenti kasher è subordinata a ragioni di bilancio, oppure le relative spese saranno a carico del detenuto (USA); privare della Bibbia un detenuto, anche se posto in isolamento per punizione, costituisce violazione della sua libertà religiosa (USA);

Relativamente all'assistenza spirituale con i cappellani militari: la Corte costituzionale introduce il concetto di benessere morale e spirituale delle truppe, cui lo Stato deve provvedere al pari di quello fisico (Federazione Russa).

Relativamente agli Anglicani, infine, riportiamo le recentissime modifiche normative riguardanti l'ordinazione episcopale anglicana femminile.

Simboli religiosi

FRANCIA

Conseil d'État, III^{ème}-VIII^{ème} SSR, 364466, del 23 luglio 2014

Il fatto che un comune decida un piano d'espansione turistica incentrato sul proprio patrimonio urbanistico religioso, avendo nel proprio territorio più chiese classificate come monumenti nazionali, ed in tale ambito disponga lavori di manutenzione straordinarî anche per le chiese che non siano monumenti nazionali, e collochi in paese e nel circondario simboli religiosi, non costituisce violazione alla laïcité, avendo tutto ciò la funzione di promozione turistica, e non di propaganda o proselitismo religioso.

www.conseil-etat.fr/

Cour de Cassation, Assemblée plénière, 25 giugno 2014, n. 13/28369

Una dipendente d'un asilo privato viene licenziata perché, rientrata dopo un congedo per maternità, inizia ad indossare il velo islamico anche sul luogo di lavoro. Ella cita in giudizio l'asilo per discriminazione religiosa.

Dopo una lunga vicenda processuale, che ha visto il curioso caso della HALDE schierata a favore della dipendente licenziata, e della presidentessa della HALDE schierata a favore dell'asilo licenziante, e dopo una sentenza di Cassazione con rinvio, qui l'equivalente delle Sezioni Unite si pronuncia definitivamente a favore dell'asilo e del suo provvedimento di licenziamento, perché il principio di libertà di coscienza e di religione di ciascuno dei membri del personale non può essere d'ostacolo al rispetto dei principî di laicità e di neutralità che si applicano nell'esercizio delle attività dell'asilo, e ciò a prescindere dal fatto che l'ente gestore sia o meno un'impresa di tendenza.

La restrizione alla libertà di manifestare la propria religione, prevista dal regolamento dell'asilo privato conformemente alla normativa per le analoghe iniziative scolastiche statali non aveva natura ingiustificatamente discriminatoria, ma era giustificata dalla natura dei compiti svolti dai dipendenti dell'asilo stesso.

Le norme sull'assoluta laicità di locali e personale sono obbligatorie per le scuole statali, e solo facoltative per le scuole private, d'orientamento confessionale o meno, ma, se queste decidono d'applicarle, certamente non possono essere citate in giudizio per essersi volute uniformare alle loro omologhe statali.

www.courdecassation.fr/

BELGIO

Raad van State, 14 ottobre 2014, sentenze nn. 228751 (turbante sikh) e 228752 (velo islamico)

Dovendosi ispirare al criterio di neutralità, nel 2009 l'ufficio delle Fiandre per l'istruzione pubblica emana un divieto generale per gli alunni d'indossare simboli religiosi, divieto che viene poi ripreso dai singoli regolamenti scolastici.

Le due sentenze sono relative a *petita* costituiti dal turbante sikh (la 228751) e dal velo islamico (228752).

Il Consiglio di Stato accoglie i due ricorsi, stabilendo alcuni principî di carattere generale:

- il diritto dei genitori di scelta della scuola non include il diritto di chiedere che i loro figli non siano esposti a simboli religiosi indossati da altri alunni, eccezion fatta per il caso in cui questi simboli fossero indossati in modo ostentato e con finalità d'aggressione spirituale, pressione, provocazione, proselitismo o propaganda;
- il divieto d'indossare simboli religiosi a scuola potrebbe avere la conseguenza d'impedire l'accesso all'istruzione per quegli studenti che volessero indossarli, esercitando un loro diritto fondamentale, senza che sia adeguatamente dimostrato che ciò disturbi l'ordine pubblico o metta in pericolo i diritti e le libertà altrui.

www.raadvst-consetat.be/

TURCHIA

T.C Anayasa Mahkemesi, sentenza del 25 giugno 2014, n. 2014/256.

Un'avvocatessa, tornata ad esercitare dopo un certo periodo, è stata allontanata dal Tribunale di Famiglia (Aile Mahkemesinin) perché indossava il velo islamico, vietato anche dal regolamento dell'Ordine degli Avvocati; ella ha fatto ricorso alla Corte Costituzionale, invocando la violazione della libertà religiosa e del principio d'eguaglianza.

La Corte le ha dato ragione, affermando che il fatto d'indossare il velo non costituisce violazione al principio costituzionale di laicità – *laiklik*, non essendo stato indossato in circostanze di sfida e nemmeno di semplice protesta contro la Costituzione o le leggi della Turchia, ma, anzi, al contrario, veniva indossato proprio nel tempio delle leggi, da chi si preparava a combattere non contro di loro ma con loro e per loro per il trionfo della giustizia turca. Dato il contesto, perciò, è evidente che il fatto d'indossare il velo non costituisse una violazione del principio costituzionale di laicità.

www.anayasa.gov.tr

Chiesa cattolica

FRANCIA

Cour de Cassation, Ière Chambre civile, 19 novembre 2014, n. 13/25156

Una persona, dichiarando d'essere diventata atea, nel 2001 aveva chiesto ed ottenuto che sul relativo registro parrocchiale venisse annotata questa sua perdita della fede.

Nel 2010 chiese venisse proprio cancellata la registrazione del suo Battesimo.

Vistasi respinta l'istanza nei gradi di giudizio precedenti, approda alla Cour de Cassation, che conferma le sentenze impugnate negando la cancellazione richiesta, affermando che:

– la consultazione del registro dei Battesimi non è consentita a tutti, ma limitata all'interessato ed ai sacerdoti, tenuti essi stessi al segreto, e la pubblicità a questa vicenda è stata portata esclusivamente dall'istante, sicché non v'è nessuna violazione del diritto alla privacy;

– la richiesta, del 2001, d'annotare ch'egli avesse apostatato dalla Chiesa cattolica fu accolta, e l'annotazione aggiunta; ma dato che la registrazione del Battesimo non implica la permanenza nella Chiesa cattolica, bensì si limita a registrare una realtà storica realmente avvenuta, essa non può essere cancellata.

www.courdecassation.fr/

GERMANIA

BVerfG, 22 ottobre 2014, n. 2 BvR 661-12

Il ricorrente, primario in un ospedale di proprietà della Chiesa cattolica tedesca, nel 2006 si separa dalla moglie, nel 2008 divorzia e si risposa con la donna con la quale conviveva da due anni. Nel 2009 l'ospedale lo licenzia per violazione dell'obbligo di lealtà con i principî cattolici, al cui rispetto peraltro il medico s'era contrattualmente vincolato.

Il primario ricorre all'Arbeitsgericht, che gli dà ragione, ma perde in appello dinanzi al Bundesarbeitsgericht, che ribadisce la legittimità del licenziamento.

Nuovo ricorso dinanzi alla Corte costituzionale federale, che conferma la legittimità costituzionale della normativa sullo speciale diritto del lavoro delle Chiese, che, essendo organizzazioni di tendenza di rango costituzionale, hanno tutto il diritto di pretendere dai loro dipendenti non già l'adesione spirituale ai dogmi di fede professati dalla Chiesa, cosa che sarebbe sì violazione della libertà religiosa, bensì il rispetto di standard di comportamento che non siano in contrasto con i principî della Chiesa.

Questa particolare situazione normativa, peraltro, viene chiaramente illustrata a chi dovrebbe venir assunto, che è quindi liberissimo di non accettarla.

www.bverfg.de

Islam

FRANCIA

Cour de Cassation, Ière chambre civile, 24 settembre 2014, n. 13/17450

Una donna francese, sposata con un egiziano, fatta oggetto di maltrattamenti da parte del marito mentre era incinta se n'era separata, trovandosi così da sola al momento della nascita del figlio ed inscrivendolo allo stato civile col nome di Teofilo.

Il padre, affermando che questo nome tipicamente cristiano avrebbe potuto mettere in difficoltà il figlio rispetto alla famiglia paterna musulmana, e più in generale rispetto alla comunità musulmana in Francia ed in Egitto, di cui il padre fa parte, chiede che il nome venga cambiato con un nome tradizionale musulmano, o che almeno questo venga aggiunto ed anteposto al nome Teofilo.

La Cassazione respinge la richiesta, affermando che motivazioni religiose non siano un valido motivo per imporre mutamenti di nome, dato che, se vorrà, potrà essere il bambino stesso, una volta raggiunta la maggiore età, ad avviare l'iter per cambiare nome.

www.courdecassation.fr/

USA

Alabama (USA), emendamento costituzionale sottoposto a consultazione popolare, approvato col 72% il 4 novembre 2014 ('Sharia Law Ban')

Emendamento 1

a) Questo emendamento dovrà essere conosciuto e citato come Emendamento per le Corti dell'Alabama alle leggi americane e dell'Alabama.

b) La legge dell'Alabama dispone:

1) lo Stato dell'Alabama ha sviluppato un unico concetto legale di ordine pubblico basato sulla Costituzione degli Stati Uniti, e protetto dal X Emendamento;

2) da quando nacque come Stato, nel 1819, l'Alabama adottò atti costituzionali e statutari, che hanno regolato diritti, privilegî, obblighi e requisiti per il suo Governo ed i suoi cittadini;

3) secondo le previsioni della Costituzione dell'Alabama, e degli statuti e delle normative dello Stato dell'Alabama, alla luce delle interpretazioni delle relative Corti nelle competenti giurisdizioni, è stato sviluppato il concetto legale di ordine pubblico;

4) l'ordine pubblico dello Stato dell'Alabama protegge i diritti dei suoi cittadini a cominciare dalla garanzia dell'eguaglianza e dei diritti dell'uomo. Ad eccezione di quanto permesso sulla base del processo legislativo e del diritto del popolo al voto per l'autodeterminazione, i diritti, i privilegî e le immunità dei cittadini dello Stato dell'Alabama sono inviolabili;

5) ogni legge differente da quella dello Stato dell'Alabama è una legge straniera, intendendo con ciò ogni legge, regola, codice, o prassi consolidata, usata o applicata in una giurisdizione al di fuori del territorio degli Stati Uniti, o ogni legge che esista come separato corpus normativo, codice o prassi adottata o usata in qualunque luogo da qualunque popolo, gruppo o cultura differente da quanto disposto dalla Costituzione e dalle leggi degli Stati Uniti e dell'Alabama;

6) l'Alabama favorisce gli affari ed ha intessuto molte relazioni economiche internazionali. Se uomini d'affari o società possono decidere di ricorrere a leggi straniere dinanzi a Corti straniere, tuttavia l'ordine pubblico dell'Alabama vieta a chiunque di chiedere a Corti dell'Alabama d'applicare od imporre leggi straniere;

7) l'ordine pubblico dello Stato prevede di proteggere i suoi cittadini dall'applicazione di leggi straniere quando queste fossero in violazione dei diritti garantiti dalla Costituzione dell'Alabama o da quella degli Stati Uniti, inclusi (ma non solo) i diritti al giusto processo, alla libertà di religione, di parola, di riunione, di stampa, ed ogni diritto relativo alla riservatezza ed al matrimonio;

8) l'art. IV, sezione I, della Costituzione degli Stati Uniti prevede che ogni Stato riconosca gli atti pubblici, gli atti legali ed i provvedimenti giudiziari degli altri Stati. Prevede, tuttavia, che se un qualunque atto pubblico, atto legale o provvedimento giudiziario d'un altro Stato violasse l'ordine pubblico dell'Alabama, questo non sarà tenuto e non potrà essere obbligato a riconoscergli piena efficacia.

c) Una Corte, un arbitro, un'agenzia governativa od ogni altra autorità analoga non deve applicare una legge straniera se facendolo potrebbe violare una qualunque legge statale od un diritto garantito dalla Costituzione dell'Alabama o da quella degli Stati Uniti.

d) Se un accordo contrattuale di qualunque tipo prevedesse il ricorso ad una legge straniera per interpretare la legge o risolvere una controversia fra le parti, e se quest'interpretazione o risoluzione risultasse in violazione d'un diritto garantito dalla Costituzione dell'Alabama o da quella degli Stati Uniti, l'accordo contrattuale dev'essere modificato od emendato in modo tale da garantire i diritti costituzionali delle parti.

e) Se un accordo contrattuale di qualunque tipo prevedesse per la scelta della sede o del tribunale al di fuori degli Stati o dei territori degli Stati Uniti, e se l'interpretazione o l'esecuzione del contratto in applicazione della scelta della sede o del tribunale dovesse risultare in violazione d'un qualunque diritto garantito dalla Costituzione dell'Alabama o da quella degli Stati Uniti, questa previsione contrattuale dovrà essere interpretata in modo tale da garantire i diritti costituzionali della persona contro la quale si stesse agendo in giudizio. Se una persona fisica soggetta ad una giurisdizione personale in questo Stato chiedesse di applicare il processo, l'arbitrato, il processo amministrativo od ogni procedimento simile in questo Stato, e se la Corte di questo Stato trovasse che ammettere la richiesta violasse o possa violare i diritti costituzionali della parte convenuta nel tribunale straniero, relativamente alla materia del contendere, allora questa richiesta deve essere respinta.

f) Ogni previsione contrattuale di qualunque tipo che non potesse essere modificata od emendata per preservare i diritti costituzionali delle parti rientranti nelle previsioni di quest'emendamento è radicalmente nulla.

g) Nulla in questo emendamento dev'essere interpretato nel senso di limitare il diritto d'una persona fisica o giuridica di questo Stato di restringere volontariamente o limitare i proprî diritti costituzionali per contratto o specifica rinunzia compatibile con i principî costituzionali. Tuttavia, i termini d'ogni contratto o specifica rinunzia devono essere rigorosamente definiti in senso favorevole a preservare i diritti costituzionali della persona fisica in questo Stato. Inoltre, nessuna Corte dell'Alabama dovrà dare esecuzione forzata ad un qualunque contratto od obbligazione d'altro tipo consistente nell'applicare una legge straniera.

h) Ad eccezione di questo disposto dalla sottosezione g), e senza pregiudizio di ogni altro diritto legale, questo emendamento non si applica alle società, agli accordi societari, alle società a responsabilità limitata, alle associazioni professionali, o ad ogni altre persone giuridica che accetti contrattualmente di sottomettersi ad una legge straniera in una giurisdizione diversa da quello di questo Stato o degli Stati Uniti.

i) Se gli atti pubblici, atti legali o provvedimenti giudiziari d'un altro Stato violassero l'ordine pubblico dello Stato dell'Alabama, questo non deve dar loro piena esecuzione.

Libertà religiosa

USA

New Hampshire District Court, 22 settembre 2014, Ureña vs Strafford County House of Corrections

Un detenuto musulmano ha diritto, se le circostanze organizzative lo consentono, a ricevere pasti halal, ad avere una copia personale del Corano e ad avere regolari incontri con un imam.

www.courts.state.nh.us/district/

Northern District Court of Texas, 3 ottobre 2014, Elizondo vs Livingston

Il fatto di non abbinare nella stessa cella detenuti della stessa fede non costituisce violazione della libertà religiosa, dato che non è implicito che ciò ostacoli le differenti pratiche religiose.

www.txnd.uscourts.gov

Seneca County, Supreme Court of New York, 25 settembre 2014, Covington vs Annucci

Il fatto che un musulmano sia stato obbligato a farsi curare da una donna medico, trattandosi d'un'emergenza e non essendo in quel momento disponibili medici di sesso maschile, non costituisce violazione della sua libertà religiosa.

www.nycourts.gov/courts/7jd/seneca/

Eastern District Court of Virginia, 16 ottobre 2014, Carter vs Davis

L'eliminazione, per ragioni di riduzione budgetaria, dello speciale menu kasher per i detenuti ebrei non costituisce violazione della libertà religiosa ai danni di questi ultimi, dato che

a) la decisione non è dovuta a volontà discriminatoria, e

b) essi non sono obbligati a mangiare cibi vietati dalla loro religione.

www.vaed.uscourts.gov/

Eastern District Kentucky Federal Court, 24 settembre 2014, Sublett vs Green

Un detenuto ebreo ha diritto a ricevere pasti kasher, a condizione che il loro costo sia sostanzialmente equivalente a quello dei pasti per tutti gli altri detenuti; se gli alimenti kasher fossero assenti in loco, e dovessero esser fatti venire da lontano, le spese non possono essere a carico dell'amministrazione penitenziaria.

www.kyed.uscourts.gov/

New York Federal District Court, 26 settembre 2014, Shepherd vs Powers

Anche se posto per punizione in isolamento, un detenuto ha comunque diritto ad avere con sé, se la chiede, una Bibbia. Negargliela per il fatto che, appunto, sia in isolamento costituisce violazione della sua libertà religiosa.

www.nysd.uscourts.gov/

Assistenza spirituale con i cappellani militari

FEDERAZIONE RUSSA

Corte costituzionale (Конституционный Суд Российской Федерации), sentenza n. 22-П/2014, del 17 luglio 2014

È perfettamente costituzionale che i cappellani militari delle confessioni riconosciute siano stipendiati dalle Forze Armate, dato che queste debbono tutelare non solo il benessere fisico delle truppe, ma anche quello morale e spirituale.
Nessun militare, d'altro canto, è minimamente obbligato a rivolgersi ad un cappellano militare se non volesse, perciò non è violata la libertà religiosa di nessuno.

www.ksrf.ru

Anglicani

Il 17 novembre 2014 il Sinodo Generale anglicano ha approvato le seguenti modifiche normative:
1. Canon C 2 (Of the consecration of bishops) is amended as follows –
(a) The following paragraph is inserted at the beginning –
"1. A man or a woman may be consecrated to the office of bishop.";
(b) Paragraphs 1 to 5 are re-numbered 2 to 6; and
(c) For paragraph 6, as re-numbered, there is substituted the following paragraph –
"6. In the forms of service contained in The Book of Common Prayer or in the Ordinal words importing the masculine gender in relation to bishops are construed as including the feminine".

www.churchofengland.org

Presentazione

di Vincenzo Maiello

La sezione di ‘Giurisprudenza e legislazione penale’ di questo numero della Rivista riporta diverse massime di particolare interesse e si segnala, in particolare, la sentenza Sez. pen. I, sentenza 25 giugno 2014, n. 26514, in cui si evidenzia che la mutilazione genitale femminile costituisce una forma di violenza, morale e materiale, discriminatoria di genere, legata cioè alla appartenenza al genere femminile”, e, come tale, riconducibile ai motivi di persecuzione rilevanti ai sensi del D.Lgs. 19 novembre 2007, n. 251. Ma non solo. Dal momento che dette mutilazioni trovano la loro genesi in profonde tradizioni culturali o credenze religiose, il rifiuto di sottoporre sé stessa o le proprie figlie a tali pratiche espone la donna, e le proprie figlie, al rischio concreto di essere considerata nel Paese di origine un oppositore politico ovvero come un soggetto che si pone fuori dai modelli religiosi e dai valori sociali, e quindi essere perseguitata per tale motivo. Conclude la Corte che sussistono, pertanto, i presupposti per riconoscere alla reclamante lo *status* di rifugiato, e ciò affinché ella possa sottrarsi alla violenza di genere e al trattamento discriminatorio che conseguirebbe in caso di rifiuto di sottoporsi alla violenza stessa. Ora, il “diritto di asilo” è oggi interamente regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo status di “rifugiato”, dalla “protezione sussidiaria” e dal diritto al rilascio di un “permesso umanitario” ad opera della normativa posta dal D.Lgs. 19 novembre 2007, n. 251 adottato in attuazione della Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 (recante “norme minime sull’attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonchè norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta”) e dal D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6; da tale completa regolamentazione consegue il venir meno di un margine residuale di diretta applicazione del disposto di cui all’art. 10 Cost., comma 3, a tutela di chi abbia diritto all’esame della sua domanda di asilo alla stregua delle vigenti norme sulla protezione.

Nell’art. 2 del citato decreto legislativo n. 251/2007, si rinvengono, fra le altre, le definizioni di “rifugiato”, di “persona ammissibile alla protezione sussidiaria” e di “domanda di protezione internazionale”: 1) per “rifugiato”, si intende il “cittadino straniero il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese, oppure apolide che si trova fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, ferme le cause di esclusione di cui all’art. 10”; 2) per “persona ammissibile alla protezione sussidiaria” si intende il “cittadino straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito dal presente decreto e il quale non

può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese"; 3) infine, per "domanda di protezione internazionale" si intende "una domanda di protezione presentata secondo le procedure previste dal D.L. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla L. 28 febbraio 1990, n. 39, e dal relativo regolamento di attuazione, adottato con D.P.R. 16 settembre 2004, n. 303, diretta ad ottenere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria". Il riconoscimento dei due distinti *status* come sopra definiti si ottiene, dunque, al termine di una fase necessariamente procedimentalizzata, che prevede una domanda iniziale, corredata di documentazione (art. 3. Esame dei fatti e delle circostanze. Il richiedente è tenuto a presentare, unitamente alla domanda di protezione internazionale o comunque appena disponibili, tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la medesima domanda. L'esame è svolto in cooperazione con il richiedente e riguarda tutti gli elementi significativi della domanda."), e può pervenire, al termine, o a un provvedimento di "riconoscimento" (Art. 11. Riconoscimento dello status di rifugiato. 1. La domanda di protezione internazionale ha come esito il riconoscimento dello status di rifugiato quando la relativa domanda è valutata positivamente in relazione a quanto stabilito negli artt. 3, 4, 5 e 6, in presenza dei presupposti di cui agli artt. 7 e 8, salvo che non sussistano le cause di cessazione e di esclusione di cui agli artt. 9 e 10.") o a un provvedimento di "diniego" ("Art. 12. Diniego dello status di rifugiato. 1. Sulla base di una valutazione individuale, lo status di rifugiato non è riconosciuto quando: a) in conformità a quanto stabilito dagli artt. 3, 4, 5 e 6 non sussistono i presupposti di cui agli artt. 7 e 8 ovvero sussistono le cause di esclusione di cui all'art. 10; b) sussistono fondati motivi per ritenere che lo straniero costituisce un pericolo per la sicurezza dello Stato; c) lo straniero costituisce un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, essendo stato condannato con sentenza definitiva per i reati previsti dall'art. 407 c.p.p., comma 2, lett. a) ").

Dall'ottenuto riconoscimento dello status di rifugiato o di ammesso alla protezione sussidiaria consegue il rilascio al titolare di un permesso di soggiorno (rispettivamente quinquennale o triennale), eventualmente rinnovabile, che consente l'accesso al lavoro e allo studio ed è convertibile per motivi di lavoro, in presenza delle condizioni di legge (art. 23).

Viene poi in rilievo la decisione Sez. pen. I, sentenza 12 novembre 2014, n. 52389, secondo la quale ai fini della operatività del divieto - stabilito nel D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 19, - di espulsione dello straniero verso uno Stato, nel quale egli possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, non è sufficiente la semplice enunciazione del relativo rischio da parte dell'interessato, ma occorre che lo "status" di rifugiato per ragioni religiose sia accertato dall'apposita Commissione centrale per il riconoscimento di esso ovvero, qualora la Commissione non si sia pronunciata, che il giudice chiamato a disporre l'espulsione accerti, in via incidentale, la sussistenza dei presupposti che potrebbero condurre, in concreto, al detto riconoscimento, e, anche quando ha ricordato che, in tema di disciplina dell'immigrazione, il tribunale di sorveglianza, in sede di opposizione avverso il decreto di espulsione ex art. 16, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998, non è esentato dal dovere di attivarsi d'ufficio allo scopo di reperire presso le autorità competenti l'eventuale documentazione comprovante lo "status" di rifugiato politico-religioso, rilevante ai fini del divieto di espulsione verso uno Stato in cui vi è notoria possibilità di una persecuzione per motivi religiosi, ha fatto riferimento alla specifica deduzione di detta qualità e delle circostanze che la giustificano da parte dell'opponente. Nel caso di specie,

il Magistrato di sorveglianza aveva applicato l'espulsione quale misura alternativa all'espiazione nel territorio nazionale della pena detentiva, di cui alla sentenza del 27 febbraio 2013 del Tribunale di Milano, e che il Tribunale di sorveglianza, chiamato a pronunciarsi sull'opposizione proposta avverso detto provvedimento, ne aveva disposto la conferma, evidenziando la sua non contestata conformità alle disposizioni di legge che regolano la materia e rimarcando la corrispondenza della situazione del ricorrente, entrato clandestinamente in Italia senza mai regolarizzare la sua posizione di soggiorno, a quella normativamente prevista, come presupposto necessario e sufficiente, ai fini della legittimità della espulsione dello straniero dal territorio dello Stato. Le considerazioni, logicamente espresse, sono coerenti con i principi di diritto tratti dalla giurisprudenza della Suprema Corte, alla cui stregua l'espulsione dello straniero, identificato, il quale sia stato condannato e si trovi detenuto in esecuzione di pena anche residua non superiore ad anni due per reati non ostativi, prevista dal D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 16, comma 5, profondamente riscritto dalla L. n. 189 del 2002, art. 15, e ulteriormente integrato dalla L. n. 94 del 2009, art. 1, comma 22, lett. o, ha natura amministrativa (Corte cost. ordinanza n. 226 del 2004) e costituisce un'atipica misura alternativa alla detenzione, finalizzata a evitare il sovraffollamento carcerario, della quale è obbligatoria l'adozione in presenza delle condizioni fissate dalla legge (tra le altre, Sez. 1, n. 45601 del 14/12/2010, dep. 29/12/2010, Turtulli, Rv. 249175), salve le situazioni di inespellibilità di cui all'art. 19, che devono essere integrate dalla ricorrenza, al momento della decisione, della compiuta situazione delineata dalla norma di rinvio (Sez. 1, n. 26753 del 27/05/2009, dep. 01/07/2009, Boshi, Rv. 244715).

La giurisprudenza penale di legittimità annovera poi la sentenza Sez. pen. IV, sentenza 27 marzo 2014, n. 14545, con la quale la Suprema Corte mette a fuoco gli elementi costitutivi della circostana aggravante dell'abuso di autorità contestata ad un Sacerdote, ribadendo che in tema di aggravante dell'abuso dei poteri o della violazione dei doveri inerenti alla qualità di ministro di un culto, non è necessario che il reato sia commesso nella sfera tipica e ristretta delle funzioni e dei servizi propri del ministero sacerdotale, ma è sufficiente che a facilitarlo siano serviti l'autorità ed il prestigio che la qualità sacerdotale, di per sè, conferisce e che vi sia stata violazione dei doveri anche generici nascenti da tale qualità. Non è dunque necessaria, per ritenere sussistente l'aggravante in questione, la ricerca di un nesso strettamente funzionale fra fatto delittuoso e ministero di culto esercitato dall'autore del delitto, occorrendo soltanto che fra abuso dei poteri o violazione dei doveri a questo connessi ed evento esista un nesso di mezzo a fine, cioè un nesso strumentale, che, se non è ravvisabile in ipotesi di rapporto di mera occasionalità, può certamente ritenersi sussistente qualora il ministero religioso esercitato dall'autore abbia facilitato ovvero reso più agevole la commissione del reato.

Infine, vengono riportate Sez. pen. I, sentenza 19 marzo 2014, n. 32451 che precisa le differenze, dal punto di vista della fattispecie oggettiva, tra il delitto di soppressione di cadavere (art. 411 c.p.) ed occultamento d cadavere (art. 412 c.p.); e Sez. pen. I, sentenza 22 luglio 2014, n. 41239, alla cui stregua per la configurabilità del reato di cui all'art. 403 c.p. - offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone - non occorre che le espressioni di vilipendio debbano essere rivolte a fedeli ben determinati, ben potendo invece essere genericamente riferite alla indistinta generalità dei fedeli. In tal modo, si rimarca la natura monoffensiva del delitto in esame (in contrasto con l'opinione dottrinale prevalente), determinandone un evidente avvicinamento alla fattispecie precedentemente contemplata dall'abolito

art. 402 c.p. Per contro, la dottrina maggioritaria ha evidenziato che il vilipendio deve colpire una o più persone, *uti singuli vel uti socii*, purchè determinati o determinabili. Non potrebbe rilevare dunque l'offesa al sacerdote tipo o al fedele tipo, mentre dovrebbe trovare tutela l'offesa ad un gruppo di persone, per quanto numerose e non quantificabili, laddove esse possano comunque riconoscersi personalmente colpite dalla denigrazione subita.

Corte di Cassazione. Sezione Prima Penale.
Sentenza 19 marzo 2014, n. 32451

Soppressione di cadavere (art. 411 c.p.) – Occultamento di cadavere (412) – Differenze

Il reato di cui all'art. 411 c.p. (soppressione di cadavere) si differenzia da quello di cui all'art. 412 c.p. (occultamento di cadavere) in quanto l'occultamento è finalizzato al nascondimento temporaneo con la consapevolezza che il cadavere occultato, sia pure a mezzo di una ricerca accurata, sarà ritrovato, mentre la soppressione di cui all'art. 411 c.p. si realizza quando il nascondimento viene eseguito in modo che il cadavere sia definitivamente sottratto alle ricerche.

Corte di Cassazione. Sezione Quarta Penale. Sentenza 27 marzo 2014, n. 14545

Delitto ex artt. 609 bis c.p. – Abuso di autorità da parte del Sacerdote – Connessione funzionale con la sfera tipica delle funzioni sacerdotali – Esclusione

In tema di aggravante dell'abuso dei poteri o della violazione dei doveri inerenti alla qualità di ministro di un culto, non è necessario che il reato sia commesso nella sfera tipica e ristretta delle funzioni e dei servizi propri del ministero sacerdotale, ma è sufficiente che a facilitarlo siano serviti l'autorità ed il prestigio che la qualità sacerdotale, di per sè, conferisce e che vi sia stata violazione dei doveri anche generici nascenti da tale qualità. Non è dunque necessaria, per ritenere sussistente l'aggravante in questione, la ricerca di un nesso strettamente funzionale fra fatto delittuoso e ministero di culto esercitato dall'autore del delitto, occorrendo soltanto che fra abuso dei poteri o violazione dei doveri a questo connessi ed evento esista un nesso di mezzo a fine, cioè un nesso strumentale, che, se non è ravvisabile in ipotesi di rapporto di mera occasionalità, può certamente ritenersi sussistente qualora il ministero religioso esercitato dall'autore abbia facilitato ovvero reso più agevole la commissione del reato.

È necessario dare conto in maniera specifica degli elementi che inducono a ritenere sussistente un rapporto di strumentalità tra il ministero sacerdotale esercitato dall'imputato e la perpetrazione degli abusi sessuali ai danni del minore. In tal senso appare esaustivamente motivata una sentenza che dia conto di indiscussi elementi fattuali emergenti dall'istruttoria e in termini che risultano perfettamente pertinenti alla questione posta al suo esame, specificando da un lato la veste religiosa nella quale l'imputato si è presentato alla vittima nonchè ai suoi familiari e agli operatori ha avuto un ruolo rilevante nel l'agevolarne la frequentazione, fondando un rapporto fiduciario tale da non far apparire in alcun modo sospetta la frequentazione con il minore e l'ospitalità allo stesso riservata anche presso la propria abitazione e, dall'altro, al tempo stesso ciò è stato condotto con abuso dei poteri e dei doveri inerenti al proprio ministero sacerdotale, piegato ai propri scopi illeciti e devianti. Particolarmente significativo si rivela il riferimento: a) al rispetto, alla considerazione e alla incondizionata fiducia che proprio la veste sacerdotale ha consentito all'imputato di acquisire, nei rapporti con il minore, i suoi familiari e i responsabili della comunità ove lo stesso era inserito, indipendentemente dall'adesione o meno al suo credo religioso: piena fiducia che altrimenti non gli sarebbe stata riconosciuta con altrettanta facilità e immediatezza ed evidentemente ottenuta attraverso una sorta di facile ed efficace "mimetizzazione" della diversa natura del rapporto instaurato dietro la verosimile apparenza di un interesse legato al proprio ministero pastorale; b) alla presentazione al minore delle pratiche sessuali come "una cosa normale", tanto più efficace e convincente in quanto inserita nel contesto di un rapporto personale ammantato da propositi di istruzione ed educazione, a loro volta rafforzati dalla propria qualità sacerdotale; c) all'azione di persuasione in particolare mirata a far sì che il minore lo seguisse presso la propria abitazione, anch'essa condotta in forza dell'autorità e del prestigio connesso alla condizione di sacerdote. Il peso attribuito nella determinazione del trattamento sanzionatorio all'aggravante in questione

poggia adeguatamente sul riferimento alle modalità della condotta e al ruolo fortemente agevolativo della stessa nella consumazione del reato, oltre che sull'effetto moltiplicativo che l'essere il reato commesso da sacerdote nel contesto del descritto rapporto ha avuto in termini di pregiudizio sulla psiche del ragazzo. A conforto di tale valutazione può peraltro rammentarsi che, come la letteratura criminologica in argomento ha evidenziato, le conseguenze sui minori dell'abuso sessuale esercitato da un prete sono particolarmente gravi e di lunga durata perchè il rapporto esistente tra un prete e un minore è condizionato da una posizione di superiorità rinforzata da una visione falsata del suo prestigio pastorale, da un influsso morale, dal fatto di essere considerato dalla vittima una vera e propria "guida spirituale". "Questo tipo di abuso non distrugge solo l'integrità fisica e psicologica del bambino, ma annienta anche la sua dimensione spirituale e il rapporto con la religione: il peso da sopportare è troppo grande, il dolore troppo profondo per riconoscere la causa.

Corte di Cassazione. Sezione Prima Penale. Sentenza 25 giugno 2014, n. 26514

Delitto di mutilazione genitale femminile – Appartenenza ad un determinato gruppo religioso – Rilevanza di atto di persecuzione - Sussistenza

Gli atti di mutilazione genitale femminile costituiscono atti di persecuzione per motivi di appartenenza ad un determinato gruppo religioso e, se accertato che tali atti siano specificamente riferibili alla persona della richiedente, costituiscono il presupposto per il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 2 e seguenti del Decreto Legislativo 19 novembre 2007, n. 251, attuativo della Direttiva 2004/83/CE, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

Corte di Cassazione. Sezione Prima Penale. Sentenza 22 luglio 2014, n. 41239

Offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone (art. 403) – Elemento oggettivo – Necessità che le espressioni siano rivolte a fedeli determinati – Esclusione

Per la configurabilità del reato di cui all'art. 403 c.p. non occorre che le espressioni di vilipendio debbano essere rivolte a fedeli ben determinati, ben potendo invece essere genericamente riferite alla indistinta generalità dei fedeli.

Corte di Cassazione. Sezione Prima Penale. Sentenza 12 novembre 2014, n. 52389

Divieto di espulsione dello straniero per motivi politici e religiosi – Necessità che lo status di rifugiato sia accertato da una Commissione centrale – Sussistenza – Possibilità di un accertamento equipollente da parte del giudice - Sussistenza

Ai fini della operatività del divieto – stabilito nel D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 19, – di espulsione dello straniero verso uno Stato, nel quale egli possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, non è sufficiente la semplice enunciazione del relativo rischio da parte dell'interessato, ma occorre che lo "status" di rifugiato per ragioni religiose sia accertato dall'apposita Commissione centrale per il riconoscimento di esso ovvero, qualora la Commissione non si sia pronunciata, che il giudice chiamato a disporre l'espulsione accerti, in via incidentale, la sussistenza dei presupposti che potrebbero condurre, in concreto, al detto riconoscimento, e, anche quando ha ricordato che, in tema di disciplina dell'immigrazione, il tribunale di sorveglianza, in sede di opposizione avverso il decreto di espulsione ex art. 16, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998, non è esentato dal dovere di attivarsi d'ufficio allo scopo di reperire presso le autorità competenti l'eventuale documentazione comprovante lo "status" di rifugiato politico-religioso, rilevante ai fini del divieto di espulsione verso uno Stato in cui vi è notoria possibilità di una persecuzione per motivi religiosi, ha fatto riferimento alla specifica deduzione di detta qualità e delle circostanze che la giustificano da parte dell'opponente.

Presentazione

Il trattamento fiscale degli enti ecclesiastici e, più in generale, degli enti non commerciali continua a rappresentare un settore particolarmente impegnativo per la prassi amministrativa e per la giurisprudenza tributaria.

Nella sezione si riporta, in primis, una recentissima risoluzione ministeriale, che riconosce agli enti non commerciali la detraibilità dall'Ires delle erogazioni liberali alle onlus, già pacificamente riconosciuta alle persone fisiche. Sullo sfondo della soluzione fornita dal Ministero al quesito, si profila ancora una volta il problematico inquadramento sistematico della disciplina tributaria, che si colloca spesso a cavallo, per non dire in bilico, tra l'assimilazione alle società commerciali e quella alle persone fisiche.

Nell'ambito della giurisprudenza tributaria si sono selezionate due sentenze, entrambe della Commissione tributaria regionale del Lazio. Le due decisioni pubblicate affrontano la stessa questione di diritto e, cioè, la prova dell'utilizzazione di un immobile per attività religiose, ai fini del godimento dell'esenzione dall'Ici ex art. 7, lettera i, del d.lgs. n. 504 del 1992.

Nei casi esaminati viene ritenuta sufficiente l'attestazione della destinazione dell'immobile a fini istituzionali da parte dell'autorità ecclesiastica.

La soluzione, che, a prima vista, potrebbe apparire anche sorprendente, in realtà, denota solo la difficoltà di stabilire oggettivamente e con certezza la destinazione a fini istituzionali di un immobile e dimostra per l'ennesima volta, se ce ne fosse ancora bisogno, che nel diritto ecclesiastico le carenze e le contraddizioni dell'ordinamento tributario si presentano sempre con contorni maggiormente problematici.

Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa, Risoluzione n. 89/E del 17 ottobre 2014

Ires – Enti non commerciali – Erogazioni liberali in favore delle onlus – Detraibilità

In relazione alle erogazioni liberali in denaro in favore delle ONLUS, le disposizioni fiscali agevolano sia le erogazioni effettuate da persone fisiche, ai sensi dell'art. 15 del TUIR, sia quelle effettuate da soggetti titolari di reddito d'impresa o enti non commerciali, ai sensi rispettivamente degli artt. 100 e 147 del medesimo T.U.

Il richiamo operato dall'art. 147 del TUIR alla lettera i-bis) dell'art. 15, comma 1, dello stesso testo unico, deve ora intendersi riferito anche agli oneri trasposti nel comma 1.1 del medesimo art. 15 e, quindi, le liberalità in denaro erogate in favore delle ONLUS devono continuare a considerarsi detraibili dall'imposta dovuta dagli enti non commerciali residenti nella misura del 19 per cento stabilita dallo stesso art. 147 del TUIR.

Oggetto: Detraibilità dall'IRES dovuta dagli enti non commerciali delle erogazioni liberali alle ONLUS

Pervengono alla scrivente quesiti circa la detraibilità dall'IRES dovuta dagli enti non commerciali delle erogazioni liberali in denaro effettuate in favore delle ONLUS, ai sensi dell'art. 147 del Testo unico delle imposte sui redditi (TUIR), approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, alla luce delle modifiche apportate allo stesso testo unico dalla legge 6 luglio 2012, n. 96.

Al riguardo si forniscono i seguenti chiarimenti:

In relazione alle erogazioni liberali in denaro in favore delle ONLUS, le disposizioni fiscali agevolano sia le erogazioni effettuate da persone fisiche, ai sensi dell'art. 15 del TUIR, sia quelle effettuate da soggetti titolari di reddito d'impresa o enti non commerciali, ai sensi rispettivamente degli artt. 100 e 147 del medesimo T.U.

In particolare, l'art. 15, comma 1, del TUIR, prevede la detraibilità dell'imposta lorda dovuta dalle persone fisiche di una somma pari al 19 per cento degli oneri ivi elencati, tra i quali la lettera i-bis), nella formulazione del testo in vigore prima del 24 luglio 2012, individuava "*le erogazioni liberali in denaro, per importo non superiore a 2.065 euro, a favore delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS)*".

L'art. 15, commi 2 e 3, della citata legge n. 96 del 2012, ha trasposto l'anzidetta disposizione agevolativa della citata lettera i-bis) dell'art. 15, comma 1, del TUIR al comma 1.1 (di nuova introduzione) dello stesso art. 15 del TUIR, modificando, altresì, le relative percentuali di detrazione.

Più precisamente, l'art. 15, comma 1.1, del TUIR prevede, per le persone fisiche, che "*dall'imposta lorda si detrae un importo pari al 24 per cento, per l'anno 2013, e al 26 per cento, a decorrere dall'anno 2014, per le erogazioni liberali in denaro, per importo non superiore a 2.065 euro annui, a favore delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS) …*".

La legge n. 96 del 2012, tuttavia, non ha espressamente coordinato il testo dell'art. 147 del TUIR, il quale stabilisce che gli enti non commerciali residenti possono detrarre "*dall'imposta lorda (…) fino alla concorrenza del suo ammontare, un importo pari al 19 per cento degli oneri indicati*", tra l'altro, alla lettera i-bis) dell'art. 15, comma 1, del TUIR.

L'art. 147 del TUIR, quindi, nell'elencare gli oneri detraibili dall'imposta dovuta dagli enti non commerciali attraverso il richiamo a specifici oneri considerati detraibili per le persone fisiche, fa ancora riferimento, per quanto concerne le erogazioni liberali alle ONLUS, alla citata lettera i-bis) dell'art. 15, comma 1, del TUIR.

Deve ritenersi, comunque, da un'interpretazione sistematica delle norme, che l'intento del legislatore non fosse quello di escludere, per i soli enti non commerciali, la detraibilità delle erogazioni liberali alle ONLUS.

Ne consegue che il richiamo operato dall'art. 147 del TUIR alla lettera i-bis) dell'art. 15, comma 1, dello stesso testo unico, deve ora intendersi riferito anche agli oneri trasposti nel comma 1.1 del medesimo art. 15 e, quindi, le liberalità in denaro erogate in favore delle ONLUS devono continuare a considerarsi detraibili dall'imposta dovuta dagli enti non commerciali residenti nella misura del 19 per cento stabilita dallo stesso art. 147 del TUIR.

Omissis…

Commissione Tributaria Regionale del Lazio, Sezione XIV, Sentenza 9 gennaio 2014, n. 19

Ici – Immobili religiosi – Certificazione Curia Generalizia dell’Ordine Carmelitano attestante destinazione immobile a fini istituzionali – Esenzione – Compete

Lo svolgimento di attività con fini di religione e di culto esenta l’ente ecclesiastico dal pagamento dell’ICI. In particolare, la circostanza che presso un immobile dimori una comunità religiosa per motivi di studio e di formazione, comprovata dalla produzione di documentazione attestante attività svolte dagli studenti medesimi (fatture, bollette telefoniche et similia*) e da una certificazione del Procuratore generale dell’ente, non contestata dalla parte ricorrente, conferma che l’immobile in questione è adibito esclusivamente a convento, escludendo la possibilità che in esso vengano svolte attività di altro tipo.*

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La presente controversia ha come oggetto un avviso di accertamento ICI, risalente all’anno 2008, emesso nei confronti della Curia Generalizia dell’Ordine Carmelitano dell’Antica Osservanza. Con detto avviso il Comune di Roma (ora Roma Capitale) chiedeva il versamento di € 28.561,19 in relazione a due unità immobiliari site in Roma – via Sforza Pallavicini e via Alberico II.

Nel ricorso introduttivo la Curia Generalizia sosteneva che l’immobile di via Sforza Pallavicini era destinato esclusivamente ad alloggio della locale comunità religiosa, mentre all’accoglienza dei pellegrini era destinato l’immobile di via Alberico II, per il quale era stata regolarmente versata l’ICI per l’anno 2008, come da ricevuta prodotta ed allegata agli atti del fascicolo processuale.

L’Ente impositore, regolarmente costituitosi, contrastava le eccezioni della parte ricorrente, deducendo l’infondatezza del ricorso. La Commissione Tributaria provinciale di Roma, con sentenza n. 288/2012 accoglieva il ricorso, ritenendo applicabile all’immobile di via Sforza Pallavicini l’esenzione di cui all’art. 7 lett. i) del d.lgs. 504/92.

Avverso detta sentenza propone appello Roma Capitale per chiederne la riforma, sostenendo l’insussistenza dell’esenzione richiesta, in quanto l’Ente religioso non avrebbe fornito alcuna prova che, nell’unità immobiliare di via Sforza Pallavicini, venissero svolti direttamente ed esclusivamente compiti istituzionali.

L’Ente religioso si costituisce in giudizio per contrastare, con le proprie deduzioni, le eccezioni sollevate dall’appellante, affermando la correttezza della propria posizione fiscale e richiedendo il rigetto del gravame.

La causa viene trattata in pubblica udienza, essendo stata presentata regolare istanza in tal senso. All’udienza sono presenti il difensore del contribuente ed il rappresentante dell’ufficio.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La Commissione, in merito al tema oggetto del presente contenzioso, è del parere di ritenere infondato l'appello proposto da Roma Capitale, non ritenendo sussistenti i requisiti per pervenire ad un suo accoglimento.

L'appellante, infatti, con esposizione generica, contesta la motivazione della sentenza di primo grado, senza però indicare alcun valido elemento di prova a favore delle proprie tesi di impositività dell'ICI, derivante da eventuali somministrazioni di pasti e/o prestazioni alberghiere e di alloggio.

La Curia Generalizia dell'Ordine Carmelitano dell'Antica Osservanza ha prodotto copiosa documentazione attestante che presso l'immobile di via Sforza Pallavicini 10 ha sede la comunità religiosa dei Carmelitani, che ivi dimorano per motivi di studio e di formazione carmelitana (fatture, bollette telefoniche e vari altri documenti). Tale immobile è, dunque, adibito esclusivamente a convento e non vi è prova che in esso venga svolta attività di altro tipo.

Nell'altro immobile, sempre di proprietà della Curia Generalizia, sito nella via Alberico II n. 44, ha sede la Domus Carmelitana, dove viene svolta attività di accoglienza ed alloggio dei pellegrini e per il quale immobile risulta versato un importo di € 20.572,00, a titolo di ICI.

Né può prescindersi, ai fini della risoluzione della presente vertenza, dalla certificazione rilasciata dal Procuratore generale della Curia Generalizia dei Carmelitani, datata 4 aprile 2013, dalla quale risulta che l'immobile sito in Roma – via Sforza Pallavicini n. 10 di proprietà della Curia, è destinato esclusivamente a convento della propria Comunità religiosa e quindi allo svolgimento delle proprie attività istituzionali di religione e di culto.

Si tratta di un'attestazione degna di fede e che non viene contestata dal Comune di Roma, che pure ne avrebbe avuto l'onere e l'interesse. Deve, dunque, concludersi che l'Immobile di via Sforza Pallavicini, adibito esclusivamente a stabile residenza ed abitazione di religiosi, non è assoggettabile ad ICI.

Le spese di lite possono essere compensate tra le parti, tenuto conto della natura della controversia e della sua particolare peculiarità.

PQM

La Commissione Tributaria Regionale del Lazio – Sezione 14ª, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, così dispone: "Respinge l'appello di Roma Capitale e compensa le spese di giudizio"

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2013.

Commissione Tributaria Regionale del Lazio, Sezione XIV, Sentenza 9 gennaio 2014 n. 20

Ici – Immobili religiosi – Attestazione di destinazione a finalità religiosa rilasciata dal Vicariato di Roma – Esenzione – Compete

Il documento rilasciato dal Vicariato di Roma, attestante che un immobile è utilizzato esclusivamente per attività religiose, e rilasciato da una struttura pontificia facente parte dello Stato della Città del Vaticano, riconosciuta in Italia, è pienamente ammissibile ai fini della prova del diritto all'esenzione dall'Ici per il suddetto immobile.

Diritto e religioni

PARTE III

Letture

Pietro Lo Iacono, "*Chiesa, Stato e popolo nel Mezzogiorno dei lumi. La legislazione ecclesiastica dei Borboni di Napoli e di Sicilia tra istanze regaliste e tutela dell'*ordo spiritualis *(1734-1789)*". Collana Diritto e Religioni n. 22, L. Pellegrini ed., Cosenza, 2012, pp. 1-406.

Con questa nuova fatica Pietro Lo Iacono ci conferma la predilezione per la tematica giurisidizionalista – già espressa nel precedente lavoro su «*Autorità regia e potestà confessionale nel pensiero di un giurisdizionalista meridionale. Diego Gatta teorico del regalismo*» (2005) – di cui estende ora l'indagine al teatro del regalismo napoletano medio-settecentesco. Lo fa consegnando al lettore uno studio assai bene articolato nell'analisi dei tipici istituti giurisdizionalisti (appello per abuso; immunità; *privilegium fori*; *placet* e regio *exequatur*), inquadrati con rigore scientifico entro la cornice delle fonti (i *Regi Dispacci* e, in parallelo, il Concordato del 1741) e delle teoriche dei giuristi regalisti (principalmente Diego Gatta, Lorenzo Giustiniani, Vito Giliberti) cui ricorre con puntualità, offrendo un saggio di agile compulsazione delle carte d'archivio.

Questo volume, che va certamente ricondotto tra quella storiografia ricostruttiva degli istituti di raccordo potestativo tra Stato e Chiesa, ha una chiara impronta metodologica – imprescindibile per l'elaborazione di un'analisi sistematica di modelli –, ed un preciso intento dimostrativo: appurare l'autentica natura del giurisdizionalismo dei Borboni napoletani (Carlo III e Ferdinando IV), stretto tra sincere velleità di moderno riformismo e ontologiche contraddizioni politiche e culturali. In una parola, tenta un inquadramento di quel modello regalista raffrontato con l'ondivaga politica ecclesiastica regia, rileggendone le sinuose linee morfologiche (*passim* e spec. pp. 365 ss.).

L'A. non si arresta all'individuazione, enucleazione ed analisi deduttiva degli *iura maiestatica circa sacra*, ma si inoltra, viceversa, nella verifica dei nessi di raccordo giuridico e degli effetti conseguenti: quasi una rilettura delle *res proximae* – siano esse accessorie o funzionali – a riflettere gli scopi dei singoli istituti nel sistema pulsante di uno Stato bifronte, assolutista e confessionista ad un tempo. La «*utilitas publica*», da leggere su più piani interpretativi: giuridico, economico ed etico, è il criterio-alibi di reazione dello Stato alle indebite e mal sofferte ingerenze ecclesiastiche o di riforma di istituti depressivi. Frequentemente richiamato, il bene pubblico risulta, così, uno dei principali parametri concettuali di riferimento dell'azione di governo, in grado di illustrare la tenuta, vera o fittizia, di secolari istituti ecclesiastici.

Si tratta di figure giuridiche e liturgie pubbliche (si pensi alla «chinea») talvolta uniche e all'apparenza granitiche, come la Legazia Sicula, o declinate con modalità singolari, come le Chiese recettizie, le confraternite laicali, i Luoghi pii o la cd. «manomorta», ma dall'equilibrio vacillante.

È il segnale di una società in profondo mutamento con l'incedere della consapevolezza tutta utilitaristica del Sovrano detentore di un assolutismo accentratore, insieme legislativo, giudiziario ed amministrativo. Un magistero regalista finanche morale, che fa del monarca il garante del corretto esercizio del diritto canonico, sostenuto dall'inossidata iconostasi costantiniana dell'*epískopos ton ektos*, sino al

paradossale ruolo di tutore dell'ortodossia e dell'ortoprassi dei sudditi-fedeli (pp. 24 ss. e p. 301) e di censore della *relaxatio* nei costumi del clero (p. 121); un esercizio del potere aperto ai portati illuministi (si pensi alla fisiocrazia) che accompagnano il declino dell'*Ancien Régime*, fino al suo collasso del 1789.

Non a caso, l'A. rammemora costantemente al lettore gli impacci della monarchia e del pur colto ed aggiornato ceto intellettuale riformatore napoletano, riluttanti a favorire un abbraccio indefinito tra gli «ordini» di Stato e Chiesa, ma incapaci di teorizzare compiutamente l'autonomia delle demarcazioni tra spirituale e temporale (p. 122 e *passim*).

Il risultato della ricerca risulta, quindi, duplice perché, una volta evaso il momento ricostruttivo ed espositivo, si volge alla sintesi critica del sistema giurisdizionalista napoletano di cui Lo Iacono vaglia la natura, i tratti sostanziali, i pregi e difetti, le incoerenze e le idealità, per ricavarne dalla rigorosa ricognizione degli istituti «misti» i tratti originali. Un modello non stereotipato e non allineato al riformismo asburgico ed unico nel suo genere, come lo sono, del resto, i coevi regimi monarchici dell'Europa proto-settecentesca (austro-giuseppino; leopoldino-ricciano, lusitano ed ibero-filippino) e perciò stesso, risultato di contraddittorie ricomposizioni, di variabili compromessi e di vischiose e malferme tolleranze confessionali.

Un'altra fondamentale chiave di volta illumina sull'originalità del riformismo partenopeo. L'A. l'impiega nella disamina della legislazione regia sulle immunità, restando estensibile al complesso dell'impalcatura giuridica ecclesiale: è la commisurazione del peso oggettivo da assegnare al rapporto tra *status* personali (e qualifiche soggettive delle persone fisiche), da un lato, e natura oggettiva della fattispecie (e inquadramento della *societas* e dell'«ordine»), dall'altro (pp. 23-24).

I diversi attori che emergono scolpiti da questa rappresentazione (l'apice degli intellettuali riformatori napoletani: Tanucci, Genovesi, Caracciolo; la Chiesa romana e la Gerarchia locale; il Sovrano e la sue ministerialità subordinate negli uffici esecutivi; i Tribunali secolari e misti di controllo di enti e soggetti) vengono descritti in funzione degli scricchiolii del modello privilegiario feudale. Il quadro dei rapporti denuncia il montante affanno del sistema consuetudinario sotto la pressione di istanze ispirate ad un nuovo bene pubblico e ad una *utilitas* democraticamente diffusa e equitativamente distribuita verso un popolo storicamente reietto: quei personaggi istituzionali si differenziano, allora, non solo per il titolo onorifico e d'ufficio, ma, e quel che più conta, per il difforme grado di esercizio della potestà, per l'attitudine a negoziare con il Sovrano l'ampiezza della propria capacità giuridica e politica d'agire, persino della concreta – e non più scontata – esistenza giuridica soggettiva, la quale pende ormai dalle sue labbra, riposando sul discrezionale *spatium deliberandi* e sull'infungibile, invasivo ed onnipresente assenso autorizzatorio regio. È, in altre parole, la ricognizione con gli occhi della modernità, dei margini – sempre più angusti – che il Sovrano-burocrate sente di concedere alla *missio canonica* della Chiesa visibile, nel binomio *officium-beneficium* ed in cui quest'ultima sa bene di giocarsi tutte le speranze di futura sopravvivenza. Tutto è rimesso in discussione: i tradizionali fattori componenti le norme e le circostanze delle fattispecie, ribaltati.

Lo Iacono indaga sul cinquantennio 1734-1789 che sollecita la Chiesa ad una scelta tra posizioni di retroguardia e di arroccamento nei privilegi o, al contrario, di apertura alla contrattazione dinamica e semiparitaria con il Sovrano. Egli punta l'arco della ricognizione su quegli stessi sentieri che la maggiore storiografia aveva in gran parte archiviato alla discussione, ritenendone il nucleo della questione ormai esausto. Ne ricava, invece, ulteriori notazioni e curiosità storiche, ma anche suggerimenti per

insospettati approfondimenti e verifiche su istituti che si presumeva di conoscere sufficientemente e, in generale, circa il corrente giudizio dottrinale sul regalismo dei Borboni napoletani (pp. 28-29).

L'A. provvede il lettore di una serie di accorgimenti preliminari: la necessità di fissare i paletti spazio-temporali della ricostruzione storica; l'opportunità di ben distinguere le periodizzazioni temporali (indipendenza politica; Rivoluzione del 1789; successiva Restaurazione); l'assegnazione di una valenza politica alla capacità giuridica negoziale (riconosciuta dalla legislazione regia) espressa dalle persone morali ecclesiastiche; attribuire alla funzione politica finanziaria il valore di primaria leva trasformativa dello *status quo* del Regno napoletano.

A mio parere, su quest'ultimo profilo risiede il nucleo di originalità dell'indagine, perché se il contesto dei conflitti giurisdizionali è quello della tradizionale concorrenzialità di opposte pretese tra Stato e Chiesa, dove il monarca si autoproclama detentore di un «dominio eminente» secondo lo schema comune alle monarchie europee, i tratti univoci dell'esperienza giuridica napoletana riposano sull'effettivo carattere pragmatico del disegno riformista e sulla capacità di corredare tali obiettivi della necessaria coerenza (pp. 14-15, pp. 368-373).

Il pragmatismo riformista, insomma, si declina sul vocabolario economico: la censura sovrana sui privilegi feudali di una Chiesa parassitaria –prerogative che esprimono altrettanti *vulnera* al primato regalista –, si esercita e trova legittimazione sulla base di un nuovo benessere, spirituale e materiale, dettato dalle leggi dell'economia e della redistribuzione allargata dei beni. L'A. ci suggerisce, tuttavia, l'esistenza di una parallelo antagonismo, stavolta tutto di ordine culturale, nei sintomi premonitori dell'avvicendamento tra sistemi potestativi. Questi sono ravvisabili nella duplice appropriazione, da un lato, della gestione di antiche competenze socio-assistenziali, dall'altro, nella delega allo svolgimento di un'azione precettistica nuova, che sottrae all'*aequitas canonica* per dare all'etica filantropica illuminista (su questa lunghezza d'onda va senz'altro annoverata anche la politica di secolarizzazione dell'istruzione, volta alla formazione delle coscienze dei sudditi, Cap.II, pp. 175 ss.): imponenti patrimoni «immateriali» entrambi irrimediabilmente transitati dalla Chiesa alla Corona. È, questo, un tema di ricerca che nasce per gemmazione dall'assunto di partenza. Il criterio equitativo è la radice che fonda la ragion d'essere della riforma e, al tempo stesso, ne corrobora l'azione che, altrimenti, non potrebbe avanzare, esaurendosi nell'abolizione degli istituti tecnicamente «incompatibili».

In realtà, la riforma napoletana proclama – evidenzia bene Lo Iacono – non solo l'attuazione dell'idea modernissima dell'eguaglianza dei cittadini-sudditi dinnanzi alla legge, fornendoli di mezzi di tutela processuale (così gettando le basi propedeutiche all'avveramento del principio dello Stato di diritto), ma intervenendo negli *interna corporis* della Chiesa in tutte quelle circostanze in cui la discrezionalità del titolare di una *potestas* coercitiva ponga in essere un «diritto iniquo», perché prodotto aberrante di un privilegio esercitato al netto di contrappesi. Il riordino degli istituti processuali dell'appello per abuso e del braccio secolare risponde a tale esigenza di giustizia dialettica. E qui appare il nodo centrale – ed il limite culturale – della dogmatica riformista partenopea: nodo sciolto solo dalle esperienza giuscostituzionali delle democrazie post-moderne e costituito dall'incapacità distintiva del rapporto di autonomia ed indipendenza intercorrente tra le Parti ed i reciproci «ordini» visibili. Qui le sovrapposizioni tra giurisdizionalismo napoletano ed iberico (che non si registra, ad esempio, nella coeva esperienza della Francia gallicana o del giansenismo di Maultrot) trova alcune conferme nella comune reverenziale soggezione marcatamente

confessionista del Re al Sommo Pontefice, in palese conflittualità con il dogma regale del «*superiorem non recognoscens*»: note di una diplomazia cortigiana che rendono più ardua l'attuazione dei propositi riformisti dei Borboni napoletani.

Nel Capitolo I (pp. 31-129) l'A. affronta la questione di base: il tema del rapporto Stato-Chiesa nel quadro di una legislazione incerta, incoerente ed irrazionale e di un apparato burocratico maldisposto alle riforme. Egli sostiene che la soggezione dei Sovrani al papato, materializzata nel rito profano della «chinea», ha un peso simbolico «dalla cui risoluzione dipendeva la possibilità concreta di affrontare le altre» (p. 44), pur dovendosene tuttavia ridimensionare la ricaduta emotiva sui propositi riformisti. In questo quadro di coesistenze non belligeranti i Borboni avrebbero evitato invasive imposizioni sulla Chiesa nazionale nella scia del rigorismo morale protestanico: siamo dunque in presenza di un giurisdizionalismo antipapale ma non anticattolico (p. 54), che reagisce unicamente all'eventuale rischio di lesione delle prerogative regie e tale da prefigurare un «rapporto di reciproca subordinazione» e reciproca capacità correttiva, che sarebbe scorretto interpretare «in termini rigidi ed assoluti» (pp. 59-60). Ma se il portato assolutista conferisce, e persino impone, al Sovrano il ruolo di duplice garante sia della certezza statuale che della stabilità della società ecclesiale, «il secondo profilo – puntualizza l'A. – era indubbiamente funzionale al primo» (p. 67). Si tratta di una strumentalità che tuttavia non si estende ai contenuti precettivi e agli scopi loro: i Sovrani non si ingeriscono della *salus animarum*, restando indifferenti alla dimensione teologica che reputano estranea alla gestione della cosa pubblica, ed il loro confessionismo si arresta sulla soglia dell'amministrazione della società civile e sul rispetto della coscienza. L'A. avverte bene come, tuttavia, a dispetto di una chiara percezione distintiva intercorrente tra *status* di laico e di chierico, cui insiste una correlativa subordinazione giurisdizionale, siamo pur sempre in presenza di «presunzioni relative», giacché «la natura oggettiva delle fattispecie prevaleva sulla qualificazione soggettiva» dando luogo a scavalcamenti di competenze e espansive attrazioni del foro civile (p. 72), segno evidente di una «incapacità (...) di abbandonare l'idea dell'esistenza di *iura maiestatica circa sacra*» (p. 74).

L'equilibrio tra Stato e Chiesa ha lati oscuri: se la complessità del nesso che raccorda trono ed altare si manifesta nell'esercizio della censura, sancendo che il principio di libertà di stampa è estraneo ai Borboni (p. 79), ancor più plateali connotazioni assume nel disporsi del sistema di accomodamento tra i due Fori, attraverso il Concordato del 1741 ed i Regali Dispacci.

Lo Iacono ci disegna un sistema di rapporti civili tutt'altro che impermeabile, perché gravido di intromissioni e interferenze, in cui i Tribunali, sulla base di un criterio di totale relativizzazione, filtrano ed incorporano, insieme alle questioni di fatto e di diritto, le singole soggettività (lo *status* laicale o clericale), le titolarità, le materie: ne emerge un quadro complesso in cui il sistema di competenze concorrenti innesta – come nel caso del matrimonio – «elementi strutturali e finalistici [su una] valenza soprannaturale [ridotta a] meramente accessoria» (p. 88). Lo stesso valga per le controversie penali, perché nel difetto di criteri assoluti, dominano le deroghe alla competenza riservata al Giudice secolare: è eloquente l'ipotesi del rinvio al giudice ecclesiastico del sospetto di eresia, quale segno della concessione regia alla Chiesa di un esercizio minimo della sua giurisdizione naturale sui *cives-fideles* (p. 97). D'altra parte, dinamiche contraddittorie orientavano il funzionamento, per «obbligo di collaborazione», del cd. braccio secolare. Nei rapporti tra i Fori un aspetto delicato è dettato dal diritto d'asilo. Vero puntello feudale e consuetudinario agli sforzi di modernizzazione del Regno e all'affermazione del principio di certezza del diritto per

il trattamento dei reati e dei rei, questo è oggetto non casuale di un'analitica disciplina nel Concordato del 1741, che pone al centro il ruolo di mediazione dell'*Ordinarius loci*, aprendo notevoli questioni interpretative.

A conforto delle tesi per cui «la salvaguardia del diritto di regalia si configurava pienamente compatibile con la protezione del Cattolicesimo» (pp. 118-119) – posto che nella tutela dell'altare si introiettava quella verso il trono, in virtù dell'univoca derivazione divina di quella autorità – sta anche la sollecitudine del Sovrano per la cura pastorale della popolazione, di cui egli si sente responsabile guida spirituale. Ma i segni della «contraddittorietà del giurisdizionalismo borbonico (...) appaiono palesi» attraverso la lente della Legazia Sicula (p. 127): foro al quale il Sovrano mai avrebbe abdicato, consistendo nella incontestabile attribuzione pontificia come legato *a latere* di una incisiva *potestas in spiritualibus* e che, nel contempo, descrive «una delle principali ragioni della sua debolezza» (p. 129) e la prova provata dell'impaccio dogmatico all'accoglimento di un moderno principio di distinzione degli ordini.

Con il Capitolo II (pp. 131-193) Lo Iacono entra nel corpo degli strumenti di controllo statuale sul diritto della Chiesa vigente nel territorio del Regno. Di *exequatur* e di *placet* analizza la natura e ne relativizza la vessatorietà e l'effettivo ostruzionismo avverso il diritto pontificio. Ma ne sottolinea parimenti il progressivo sostanziarsi «*ex auctoritate propria*» e, con il sommarsi della speciale giurisdizione regia del Cappellano Maggiore, evidenzia l'emersione di un peculiare «sistema di potestà regia», in linea con la suaccennata incoerenza nell'articolarsi dei due ordini (pp. 135 e 140).

L'assolutismo napoletano senza limiti *ratione materiae* risulta, dunque, «più un postulato teorico (...) che una concreta regola di condotta» (p. 143). Il vizio di incoerenza del modello giurisdizionalista si aggrava nell'istituto dell'appello per abuso, dove la presunzione del libero intervento nell'*ordo spirutualis* legittima il giudice temporale ad una censura integrale, di legittimità e di merito, della sentenza canonica e dei suoi effetti, radicalmente annullati *in utroque iure* (p. 152).

È allora fisiologico che l'incoerenza partorisca il paradosso: nell'incertezza delle reciproche demarcazioni giurisdizionali è possibile l'osmosi dei rimedi e delle tutele soggettive ed il transito dall'uno all'altro foro del chierico prevaricato dal suo giudice naturale. L'ingerenza plateale del tribunale civile si apre ad un sistema di libero ricorso, ad una sorta di apostasia forense, ultimo gradino di un più vasto ed abnorme fenomeno di commistioni tra identità potestative e capace di elevare il Sovrano a latore di provvedimenti graziosi anche verso il clero. Un sistema che – precisa l'A. – non risolve la preesistente «soggettivazione del diritto oggettivo», ma esprime un «ulteriore profilo di modernità» del sistema regalista (p. 160). Si tratta di parvenze, tracce labili di un embrionale filosofia illuminista dell'eguaglianza, che si accompagna all'esigenza di garantismo processuale e di diritti basici dell'imputato, coerenti con un sentimento di ostilità verso il Tribunale inquisitoriale e le sue procedure.

L'A. pone nuovamente in risalto lo strumento principe del Sovrano riformatore, esplicitato in un famoso Dispaccio della Camera di Santa Chiara (19 dicembre 1746), consistente nella preventiva autorizzazione regia all'esercizio di qualsivoglia atto del processo penale verso chiunque (laico, chierico o religioso): ancora una volta, ne trae il segno di una ambiguità nella demarcazione degli ordini (p. 171). Considerazioni analoghe valgono nei confronti della Nunziatura Apostolica laddove, nel diritto di gradimento regio alla nomina del Nunzio, risiede l'ormai collaudato meccanismo di placitazione e di sovrano controllo sulla Chiesa.

Ulteriori informazioni ci offre l'A. trattando della questione del riconoscimento di spazi di libertà religiosa a culti minoritari. I Borboni si confermano confessionisti,

orientando la politica di mistificata tolleranza a logiche utilitaristiche, come dimostra il temporaneo ed effimero liberalismo filogiudaico. Un ben più deciso pluralismo appare nei molteplici trattati internazionali sottoscritti dalla Corona: qui si può cogliere un insospettato tratto di modernità sia rispetto alla tipologia culturale degli Stati contraenti (protestanti; ortodossi; islamici), sia rispetto ai contenuti negoziali (garanzia di reciprocità; divieto di discriminazione *in peius*; relativa tolleranza dell'apostasia), anche se, avverte l'A., si tratta pur sempre di un eccezionale sistema di *ius singulare*, bilaterale e chiuso, non parificabile ai moderni modelli di democratico pluralismo confessionale (p. 193 e pp. 380 ss.).

La tematica privilegiaria è dissezionata nel Capitolo III (pp. 195-264). Anche in questa prospettiva l'A. coglie la duplice incongruenza (nel difetto di pragmatismo attuativo e nelle carenze di percezione dogmatica del modello dei rapporti Stato-Chiesa) del riformismo napoletano. Il regalismo dei Borboni, che pur si avvale di due fonti (il Concordato del 1741 e i Dispacci) si ingerisce con progressivo rigore dell'ordine sacro e ne pretende l'imposizione di requisiti di ingresso e di maturazione formativa. La qualità del clero sottende risvolti economici legati all'*honesta sustentatio* e all'*utilitas publica*: è la logica delle bocche da sfamare che si incrocia con quella delle potenzialità inespresse dei terreni incolti. Riappare tuttavia il simulacro dell'incoerenza del sistema che paralizza le riforme (p. 212) nel momento in cui la certezza della norma *erga omnes* è indebolita dal riaffiorare di ampie deroghe di *ius singulare*. Ma il balbettio legislativo è anche capace di reazioni estreme, dettate dal primario ossequio alla tutela degli interessi dello Stato, nell'escludere i sacerdoti forestieri da quello *status* di suddito riconosciuto ai soli sacerdoti sudditi stanziali con cura d'anime (p. 226).

L'A., poi, si sofferma sulla dichiarata avversione dei riformatori napoletani verso il sistema delle immunità ecclesiastiche, pur ampiamente circoscritte in rigidi limiti oggettivi e soggettivi di operatività entro il recinto del Concordato del 1741. Ed ancora riemerge l'insicurezza del riformatore e le altrettante deroghe alla legge modernizzatrice (emblematico il caso dei *cursores* imputati) unite al rimaneggiamento tardivo delle norme concordatarie (pp. 238-239). Di queste ultime si va consolidando una prassi interpretativa dirompente, ispirata da un'ermeneutica dichiaratamente sbilanciata a favore delle ragioni del Principe: il fondamento risiede nel monolitico mandato divino che ne sorregge l'*auctoritas* e ne legittima l'esercizio universale sui sudditi, per preminente legame di fedeltà, senza distinzioni di *status* (p. 245).

In chiaro scuro va letta anche la riforma delle immunità reali e dell'iniquo sistema di dispense fiscali a favore della manomorta: nuovi ammorbidimenti fiaccano la portata innovativa di una riforma vagheggiata nel duplice intervento della fiscalizzazione del patrimonio immobiliare ecclesiastico unito alla istituzione di un generale catasto immobiliare del Regno (pp. 255-264).

È con il richiamo alle teorie fisiocratiche abbracciate dal Genovesi, dal Tanucci e dal Caracciolo che si apre il Capitolo IV (pp. 265-338), indirizzato alla disamina della riforma a tutto campo dell'economia feudale e latifondista del Mezzogiorno. Le leggi di ammortizzazione – che eleggono nel 1769 l'*annus horribilis* per gli interessi di conservazione baronali e clericali – intendono sradicare il fenomeno della manomorta, ingessando la capacità giuridica di acquisto immobiliare degli enti morali, unitamente alle ulteriori subdole modalità di accrescimento patrimoniale (permute; costituzione di ipoteche derivanti dai cd. censi bollari e pratiche assimilabili) e agli acquisti per liberalità (questue; disposizioni successorie a favore dell'anima a vantaggio dei Luoghi pii). In questo settore, finalmente, il decisionismo sembra prevalere sul tentennamento

del riformatore. L'ineludibile autorizzazione regia domina incontrastata, legittimata dalla suprema potestà del Sovrano, amministratore ultimo della ricchezza nazionale (p. 286). L'assenso regio diviene persino l'inattaccabile grimaldello formale dall'impiego universale: utile nel concedere l'autorizzazione alla costruzione di edifici di culto (p. 336) o a sferrare l'offensiva al sistema beneficiale. Su quest'ultimo il Sovrano interviene aprioristicamente nel dettare i requisiti di sussistenza (*erectio in titulum*; statuto). L'A. si sofferma nell'analisi del regio assenso trattando del nesso tra beneficio e Chiese recettizie ed è indicativo, a mio parere, della metamorfosi istituzionale verso un Re-burocrate, la cui *voluntas* dominante rappresenta icasticamente il Regno postfeudale, simbolo di un ideologico «principio di autoreferenzialità del potere del monarca» (p. 344). Quella volontà consenziente è fonte di legittimazione, è insanabile, non presumibile o prescrittibile, né interpretabile ed è concessa contestualmente alla nascita dell'ente morale e non oltre, ha carattere pubblico, perché espressione massima della *publica utilitas* di cui il Re è rappresentante e incontestato tutore. Questo sembra cogliersi dalla ricostruzione di Lo Iacono: nel regio consenso l'autorità si fa autorizzazione ed esprime il potere sotto le nuove e più moderne forme amministrative. Dove questo strumento non arriva, nel caso dell'incontestabilità giuridica del beneficio, il Sovrano percorre altre vie, più sbrigative, che non escludono la resezione del cordone ombelicale che lega l'ente beneficiale alla Sede Apostolica, sino a scardinare inveterate consuetudini apostoliche resistenti nel Regno ed incidenti sulle prerogative episcopali all'esercizio del *ius nominandi* del candidato titolare (Dispaccio 7 marzo 1769): con il pretesto di tutelare lo Stato – e l'episcopato – dagli abusi pontifici, è il Re che legittima sé stesso ad una prassi abusiva (p. 308).

Sono, questi, ulteriori indici di quella commistione tra sacro e profano – più volte segnalata dall'A. – che si riverberano nei toni «paternalistici» (p. 324) della disciplina impressa sui benefici vacanti ed il correlativo diritto di spoglio e, ancora, nei Dispacci regolanti il cd. patrimonio sacro (pp. 329 ss.) ed i cespiti derivanti dall'esercizio del ministero (Legati pii; diritto di stola nera; disposizioni a favore dell'anima). L'assenso autorizzatorio sovrano, dunque, da un lato impone requisiti ineludibili su persone fisiche ed enti morali e, dall'altro, concede personificazioni, creando nuovi soggetti di diritto.

Questo profilo della politica confessionale dei Borboni è affrontato nel Capitolo V (pp. 339-364). Ribadito il ruolo dell'*utilitas publica* e dell'assenso legittimante la costituzione dell'ente morale, Lo Iacono si concentra sui provvedimenti di soppressione della Compagnia di Gesù, promulgati con eccezionale simmetria di contenuti nelle due parti del Regno e volti ad attuare un'irreversibile *damnatio memoriae* dell'ordine religioso (p. 351) con la confisca dei suoi patrimoni, riconvertiti in scopi di carattere pubblico. Assai meno incisivo, il regime giuridico imposto ai Luoghi pii laicali, sottratti all'autorità ecclesiastica per essere ricondotti nell'alveo giuspubblicistico.

Nel Capitolo VI (pp. 365-391) l'A. trae le conclusioni sui caratteri di modernità ed originalità del giurisdizionalismo napoletano. Ne avverte le forti pulsioni all'autoaffermazione proprie del *princeps a legibus solutus*, sostenute da una lotta incondizionata al particolarismo baronale ed ecclesiastico, di quest'ultimo precisando che «non va analizzato come fenomeno isolato» (p. 366).

È la lotta del Re per l'affermazione di un unitario potere accentratore e di un diritto certo, non più carente di effettività. Da questo antagonismo con l'*Ancien régime* è possibile cogliere i caratteri originali del regalismo napoletano, poggianti su una «dimensione quantitativa»; sull'ormai anacronistica derivazione apostolica – nel rapporto gerarchico *senior-vassus* – del potere di governo; sulla consapevolezza della

coesistenza di due ordini distinti, che impone il ricorso nella legislazione a concorrenti criteri di valore (oggettivi e soggettivi) e che si traduce in quell' «esiguo numero di interventi [regi] sugli *interna corporis Ecclesiae*» palesanti «una delle caratteristiche più salienti del giurisdizionalismo borbonico» (p. 371).

Non siamo al cospetto di un sistema giuridico immune da ambiguità ed «asimmetrie» (p. 380), ma le violazioni e gli «sconfinamenti» d'area – osserva l'A. – non ne pregiudicano la capacità di «autocircoscrizione *ratione materiae* della propria sfera d'azione» (pp. 372-373). Semmai, il giudizio di sintesi deve ammettere che il giurisdizionalismo napoletano configuri la «commistione» senza scontati automatismi tra i due ordini, stante una serie di situazioni (censure; braccio secolare), favorenti la confusione, la collimanza e la cogestione *ad adiuvandum* tra le due potestà, indirizzate all'unitario e condiviso fine del bene del sistema legale costituito.

Sussiste, pervicace, un genio conservatore che, se accoglie senza riserve l'enciclopedismo francese in economia, non esita poi a voltare le spalle alla libera morale di Voltaire, all'insegna di una mai rinnegata «religiosità diffusa» (p. 379). Lo Iacono. ne trae un modello di delicati bilanciamenti tra postulati concettuali equilibrati nel reciproco sostegno. Questo avviene in ordine alla tutela della libertà religiosa, di cui il regalismo «anticipa acquisizioni [proprie] dello Stato liberale» (p. 383), e in ordine all'affermazione del principio di eguaglianza formale, in cui il sistema esprime il serio tentativo di «confrontarsi» con le più moderne categorie concettuali dei diritti pubblici soggettivi (p. 386). Si tratta di proiezioni teoriche, destinate fatalmente all'incompiutezza, ma verso le quali l'A. ammetterebbe la sovrapposizione con più mature tutele delineate nelle attuali Costituzioni liberali (cfr. il richiamo agli artt.7 e 19 della Cost. italiana, pp. 373 e 382).

Si lascia al lettore la libertà di eventuali riserve critiche su tali concessioni alle quali, tuttavia, si accoda anche il recensore nel proporre un'ulteriore riflessione sulla valenza politica delle formule giuridiche accolte nelle fonti di rango primario. Non è un caso, infatti, che quella costruzione descrittiva dei rapporti Stato-Chiesa, riassunta nella reciproca coesistenza tra ordini indipendenti ed autonomi e che anima – o vorrebbe – le dinamiche giurisdizionaliste, appaia ormai con una tale frequenza nei preamboli degli odierni Accordi concordatari, da essere assurta non solo ad irrinunciabile clausola di stile ma a parametro primo d'orientamento negoziale. Essa declina il principio di civiltà giuridica e di convivenza tra massimi sistemi che muove i primi incerti ma sostanziali passi nel teatro delle vicende e nel contesto temporale limpidamente descritti in questo libro.

Fabio Vecchi

F. ALICINO, *La legislazione sulla base di intese.I test delle religioni "altre" e degli ateismi,* Bari, Cacucci, 2013.

L'art. 8 della Costituzione segue un destino del tutto singolare. Esso è stato per il primo periodo della storia repubblicana (1948-1984) del tutto obliterato, quindi applicato con titubanza(1984-1995) ed infine utilizzato con estrema disinvoltura interpretativa nella terza fase, vale a dire dal 2007 ai nostri giorni. Eppure la norma – basale e dinamica – può considerarsi il punto nodale della materia, tanto che con gli opportuni accorgimenti tecnici, potrebbe divenire la nuova versione dell'intero impianto costituzionale, in tema di disciplina del fenomeno religioso; ove mai si pervenisse ad un aggiornamento, ovvero ad una riforma della Costituzione, che non può prescindere dalla disciplina dei rapporti tra lo Stato e le Confessioni religiose e dalla regolamentazione del fenomeno religioso in generale nello spazio pubblico.

Allo stato la riforma del titolo V della Costituzione, l'adesione al Trattato per la nuova Costituzione europea, le proposte di novazione legislativa, le tecniche interpretative giurisprudenziali estremamente innovative, specialmente da parte dei giudici di legittimità, impongono alla dottrina una rivisitazione della norma costituzionale, con qualche ripensamento su alcune conclusioni dottrinarie, che solo ieri apparivano definitive e scontate.

Si inserisce in questo quadro il contributo di Francesco Alicino, che interviene nel dibattito con un saggio di notevole spessore culturale. Il lavoro tocca tutti gli argomenti delle tematiche in corso: dalla natura giuridica delle intese, ad un possibile diritto comune delle stesse, dalle peculiarità degli accordi della seconda stagione, alle religioni "altre". Particolare attenzione viene poi data alle problematiche su una possibile legge quadro sulla libertà religiosa, anche in relazione alla possibile intesa con i gruppi confessionali di credenza islamica. Da ultimo vengono analizzate le problematiche dell'ateismo, inteso come fenomeno *omologo* alla religione, giacchè – come affermato dal circolo filosofico UAAR in un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica –: « ateismo e religione sono fazioni opposte che si contendono la medesima porzione di coscienza».

L'autore ripropone i percorsi culturali per l'interpretazione delle norme costituzionali in materia.

È innegabile che dalla qualificazione giuridica dell'intesa debba escludersi la categoria dell'atto politico, come proposto dalla dottrina, con adeguamento pedissequo della stragrande maggioranza degli autori intervenuti sul tema, fino all'ultimo pronunciato delle SS.UU. della Cassazione (sent. n.16305 del 28 giugno 2013).

Le trattative per la stipula delle intese non possono annoverarsi tra gli atti politici, in quanto se così fosse sia il legislatore, che l'organo esecutivo competente violerebbero il principio supremo della laicità dello Stato, desumibile anche dalla lettura del primo comma dell'art.7 della Costituzione, norma che estende il suo raggio d'azione interpretativo non solo alla Chiesa cattolica, ma a tutti i rapporti dello Stato con le confessioni religiose diverse da essa. Difatti un *atto politico* che accettasse in maniera discriminatoria le trattative con variegati gruppi confessionali, sarebbe altamente lesivo dell' *ordine proprio* dello Stato, che, per altro, in materia religiosa, dichiara di non avere competenza alcuna.

Le varie fasi delle trattative, inoltre, sono atti di *ordinaria* amministrazione che impongono al Governo scelte tecniche discrezionali, dette *miste,* soprattutto per identificare e ammettere i soggetti confessionali richiedenti un'intesa. È noto che si entra nel campo della discrezionalità mista quando il provvedimento amministrativo da emanare deve presupporre *per relationem* nozioni di scienze non esatte.

Nel caso di specie la qualificazione giuridica del soggetto confessionale richiedente l'intesa, in assenza di una espressa definizione di legge, deve essere desunta con lo strumento interpretativo delle altre scienze, vale a dire di quelle storiche, sociologiche, antropologiche, filosofiche, teologiche. È evidente che dal complesso di tali discipline, non è possibile sussumere, con metodo induttivo e comparativo, una definizione univoca di confessione religiosa. L'interprete si trova dinanzi ad una pluralità di ipotesi tutte valide e rilevanti, che si riferiscono ad una pluralità di interessi tutti giuridicamente apprezzabili. In base a questa angolazione appare interessante l'osservazione del D'Angelo, che ha giustamente evidenziato che per la giurisprudenza di legittimità il concetto di confessione religiosa può essere indicato anche da «esperti conoscitori dei fenomeni confessionali», arrivando perfino, come sostiene il Colaianni, ad un consulenza tecnica *percipiente*.

La scelta operata dall'amministrazione può cadere su una delle tante soluzioni opinabili e dunque possibili proposte dalle scienze affini, così come interpretate e proposte dalla dottrina. In tale caso la carenza della razionalità deduttiva propria del sillogismo adoperato dall'interprete in sede contenziosa, viene sopperita con le altre forme della razionalità sostanziale, ovvero con la forma della razionalità scientifica, che garantisce la non arbitrarietà (e perfino la misurabilità scientometrica) della scelta adottata, in sede di azione amministrativa. Da ciò la conseguenza che si verte in tema della "riserva assoluta di amministrazione", per la quale l'accettazione convenzionale di confessione religiosa, che presuppone "un fatto di fede rivolto al divino", non sconfina nell'irragionevolezza o nell'illogicità.

Conseguentemente la pretesa di giuridicizzare la polemica filosofica tra religione e ateismo fuoriesce dal campo della sindacabilità demandata al potere giurisdizionale. Tale polemica, allo stato, resterà nella disputa dottrinale.

Ciò posto, è allora evidente che rendesi necessario continuare a utilizzare il *vecchio arnese* della teoria istituzionalistica del Santi Romano, così come specificata dal Cesarini Sforza, per inglobare tutte le proposte dottrinali formulate dalla dottrina (criterio storico, criterio sociologico, del comune sentire e così via).

Dopo la formulazione della Costituzione europea, però, tale strumento risalente, potrebbe essere integrato dal rawalsiano principio del consenso per intersezione. Osserva il filoso statunitense :« Nessuna di queste dottrine [confessionali] è universalmente accertata dai cittadini; né c'è da attendersi che in un futuro prevedibile una di esse, oppure qualche altra dottrina ragionevole, sia mai affermata da tutti i cittadini, o da quasi tutti», pertanto è necessario affermare che « ai fini della politica, una pluralità di dottrine comprensive e ragionevoli ma incompatibili sia il risultato normale dell'esercizio della ragione umana entro le libere istituzioni di un regime democratico costituzionale ».

Bisogna aggiungere che la polemica sulla concezione ontologica o finalistica del concetto di confessione religiosa non sembra essere del tutto pertinente. Il buddhismo certamente è una confessione religiosa che esclude l'esistenza di una divinità. È innegabile però che il buddhismo è una religione storica, precedente allo stesso cristianesimo e risalente al VI secolo a.c.. Nondimeno tale gruppo confessionale è membro del parlamento mondiale delle religioni, che ha approvato il seguente o.d.g., presentato nelle seduta del 18 dicembre 1994, per la stessa organizzazione confessionale, dal Venerabile Samu Sunim dello Zen Buddhist Temple of Cicago, dal rappresentante del patriarcato cambogiano, da quello dello Sri Lanka e da quello coreano, oltre che da altri intellettuali tailandesi. : « Noi vorremmo rendere noto a tutti

che il Buddha Gautama (Shakyamuni), il fondatore del buddhismo, non era Dio o un Dio. Egli era un essere umano, che aveva raggiunto la piena illuminazione con la meditazione e ci ha insegnato la via del risveglio spirituale e della libertà. Il buddhismo non è perciò una religione di Dio. Esso è una religione della salvezza, dell'illuminazione e della compassione. Come i credenti in Dio, i quali credono che la salvezza è possibile a tutti mediante la confessione dei peccati e una vita di preghiere, noi buddhisti crediamo che la salvezza e l'illuminazione sono possibili a tutti mediante l'allontanamento della contaminazione e dell'illusione e una vita di meditazione. Ma, a differenza di quanti credono in un Dio separato da noi, noi buddhisti crediamo che il Buddha, il cui nome significa "uno che si è risvegliato e illuminato" abita in tutti noi nelle forme della natura e dello spirito del Buddha» perciò :«Noi suggeriamo di usare, invece di Dio, le espressioni "Grande essere" (*Great Being*) o "Forza della trascendenza" (*Pawer of the trascendent*), "Superiore autorità spirituale" (*Hgher Spiritual Authority*), in relazione alla Realtà spirituale ultima».

Ancora, gli stretti limiti della tradizione giudaico cristiana per definire una confessione religiosa non inibiscono l'applicazione della teoria ordinamentale, combinata con la scomponibilità dell'ordinamento e con il principio del consenso per intersezione, in quanto quel che va applicato è la famiglia giuridica *romano-germanica*, come innegabilmente recepita nel Trattato dell'Unione Europea, non la tradizione religiosa, che resta la base, il presupposto interpretativo, non già la finalità.

L'autore prende poi in considerazione la necessità di una legge generale e di grande riforma sulla libertà religiosa, ove dovrebbero trovare ingresso tutte le formule risolutive dei nodi che stringono il diritto ecclesiastico contemporaneo. La legge quadro dovrebbe evitare altresì la formazione di un diritto comune delle intese in una forma indiscriminata e arbitraria, come sta accadendo dal 2007 ad oggi per il ploriferare delle intese *fotocopia* e per l'esclusione dell'Islam e dei circoli filosofici.

Il problema della legge sulla libertà religiosa è divenuto più una moda culturale *last minute* che un'effettiva urgenza della giuspubblicistica contemporanea. Bisogna indagare sulle ragioni di fondo per cui il legislatore non riesce a varare tale legge. La preoccupazione della suscettibilità della galassia islamica è troppo disimpegnativa. La motivazione va rintracciata nella struttura costituzionale delle norme in materia. Le quali non abbisognano di una mediazione legislativa, con il sistema delle norme interposte: sono direttamente applicabili, purchè si creda nella Costituzione a formazione rigida.

Rigidità come sinonimo di religione civile.

Solo per fare qualche esempio: i comportamenti omissivi del Governo per il mancato tavolo delle trattative, ovvero per la mancata traduzione in leggi di *approvazione* delle intese raggiunte, potrebbero essere sanzionati dalla Corte Costituzionale con il sistema delle sentenze additive, applicando cioè alle confessioni senza intesa o a quelle con intesa non tradotta in legge, gli stessi privilegi e provvidenze delle confessioni con intesa approvata, ove ne ricorrano le medesime condizioni concrete, secondo un giudizio di ragionevolezza, operato dagli stessi giudici della Consulta.

Conclusivamente l'aspetto che ancora non è stato completamente esplorato dalla dottrina in relazione all'art. 8 della Cost. è quello della permanenza del potere costituente. Si tratta di verificare se il legislatore costituente abbia voluto consegnare alle successive assemblee legislative repubblicane il *testimone* del compromesso politico iniziale, grazie al sistema delle intese, con le confessioni

diverse dalla cattolica. La permanenza del potere costituente, in relazione all'art. 8 della Cost., non può essere valorizzato dal punto di vista tecnico costituzionale, per il semplice motivo che la fonte atipica, che dà vita all'intesa, è caratterizzata dalla legge rinforzata, che viene emessa dal potere costituito. Nondimeno è compito della dottrina ecclesiasticistica percorrere ulteriormente detta strada. Lo studio del fenomeno del sacro in relazione alla sovranità dello Stato non va relegato nell'ambito più ristretto della filosofia politica. *I loro rapporti sono regolati sulla base di intese……*

Luigi Barbieri

Religione e autonomie locali. La tutela della libertà religiosa nei territori di Cremona, Lodi e Piacenza, a cura di Antonio G. Chizzoniti, Nuovi studi di Diritto ecclesiastico e canonico, Libellula Edizioni, Tricase, 2014, 276 pagine.

Il presente volume – che raccoglie diversi saggi riconducibili ai seguenti autori: Isabella Bolgiani; Anna Gianfreda; Daniela Milani; Samuele Uttini; Nicola Fiorita; Antonio G. Chizzoniti – è il prodotto di una indagine scientifica, che si è proposta di ricercare un modello decentrato di gestione delle esigenze religiose sul territorio. Un nuovo modello da affiancare al più tradizionale sistema di collaborazione tra Stato e confessioni religiose.

Prima di ogni altra considerazione è opportuno ricordare che a partire dagli ultimi decenni non è mancato l'interesse per il tema del rapporto tra religione e autonomie locali e, in seguito, si è andata progressivamente sviluppando una disciplina regionale del fenomeno religioso.

In proposito tutti ricordano il fascicolo del 1976 della rivista *Città & Regione*. Si tratta di un numero monografico dedicato ad affrontare il tema: *Autonomie regionali e società religiosa*, che aprì la strada al processo di valorizzazione degli interventi, relativi agli interessi religiosi, operati dagli enti locali.

Successivamente Laura Renzoni Governatori, in un saggio dal titolo: *La rilevanza dell'interesse religioso negli statuti regionali, provinciali e comunali* (che può leggersi nel volume: *Interessi religiosi e legislazione regionale.* Atti del convegno di studi, Bologna 14-15 maggio 1993*,* a cura di Raffaele Botta, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 127-151), richiamò l'attenzione sull'influenza del fattore religioso in ordine alla autonomia statutaria riconosciuta agli enti locali. Un filone di ricerca che certamente allora apparve originale, ma che con il trascorrere del tempo ha perso interesse ed è rimasto trascurato dalla dottrina.

Nel volume in recensione viene preso in esame, in particolare, il ruolo dei Comuni nell'attuazione locale degli interessi religiosi e la loro azione di collaborazione con le diverse entità confessionali. Segue l'analisi dell'esperienza sul campo del rapporto tra identità religiose e territorio e in questo caso il rapporto risulta indirizzato a mettere a fuoco il contesto locale. L'ambito di questa specifica indagine è rappresentato dalle province di Cremona, Lodi e Piacenza: realtà confinanti e che presentano una media di popolazione straniera che oscilla tra il 17,67% nel caso di Piacenza e il 10,9% relativo a Cremona.

Come metodo di lavoro si è scelto di operare una individuazione pratica delle materie oggetto di intervento da parte dei provvedimenti amministrativi locali, dei soggetti e delle confessioni coinvolte e degli strumenti politico-giuridici utilizzati. Le materie toccate sono essenzialmente: edilizia di culto; cimiteri e sepolture; simboli religiosi e festività; sicurezza e ordine pubblico; alimentazione; oratorii e servizi alla persona. Primario è l'interesse riservato ai provvedimenti regionali e locali relativi all'edilizia di culto e alla disciplina di cimiteri e sepolture.

Il curatore del volume e dell'intera ricerca Antonio G. Chizzoniti inquadra perfettamente la problematica in oggetto, laddove osserva che: "Il fedele aderendo ad uno specifico credo si sottopone ad un ordinamento giuridico, quello confessionale, che può convivere, integrarsi, contrapporsi, scontrarsi o addirittura prevalere su quello (civile) del territorio nel quale acquisisce lo status di cittadino" (p. 6).

Nulla di nuovo si potrebbe dire, ma la novità degli ultimi decenni sta nel fatto di aver spostato l'ottica di osservazione dei sistemi di relazione tra Stati e confessioni religiose ad una diversa e più frantumata dimensione territoriale.

Dopo che nel passato, a seguito della cosiddetta legge Crispi, ci furono per i Comuni italiani dei vasti campi di intervento nel settore dell'assistenza e della beneficenza, oggi sono ancora i Comuni che si trovano a confrontarsi con le nuove e spesso diverse esigenze religiose dei cittadini. In questo si assiste al "superamento della concezione che considera il diritto ecclesiastico esclusivamente sul piano formalistico dei rapporti 'interordinamentali' tra Stato e confessioni religiose" (p. 24).

Risulta, quindi, perfettamente condivisibile l'osservazione che l'attuazione dell'istituto regionale avviò negli anni Settanta: "un lento ma inesorabile cambiamento, a favore di un sempre più intenso riconoscimento del ruolo delle autonomie locali che segnerà un nuovo protagonismo per questi soggetti anche relativamente al diritto ecclesiastico" (p. 9).

Altro elemento originale emerso dalla ricerca e che merita di essere evidenziato, riguarda il fatto che: "La vicinanza tra amministratori ed amministrati è l'elemento che ha spinto il legislatore nel 2001 a ripensare la struttura della funzione amministrativa con una scelta privilegiata a favore dell'ente maggiormente a contatto con le esigenze della popolazione. I Comuni, anche attraverso l'esercizio della potestà statutaria loro riconosciuta, non hanno mancato di fare propria questa sfida anche nel delicato ambito della tutela della libertà religiosa" (p. 18).

Si può ancora aggiungere che: "l'azione degli enti locali ed in particolare dei Comuni rispetto alla tutela della libertà religiosa può fornire risultati positivi anche relativamente al superamento dei conflitti culturali e religiosi che possono riscontrarsi sempre più frequentemente in una società a pluralismo religioso diffuso e poco omogeneo" (p. 19).

Percorrendo un metodo che prevede l'osservazione dell'attività amministrativa, improntata ad un percorso fatto di conoscenza, partecipazione, autogestione dovrebbe aversi come esito una costruzione che vede una ideale piramide – rappresentata graficamente a p. 202 – che con modalità d'esercizio sia unilaterali che bilaterali comprenda (partendo dal vertice e arrivando alla base della piramide stessa) prima un nucleo più ristretto che comprende i protocolli di intesa, poi un altro più allargato con gli accordi di revisione e, di seguito, i provvedimenti amministrativi unilaterali, mentre alla base di questa costruzione di scuola è posta l'area del pre-giuridico. In questa direzione sono compresi: "i possibili interventi, in varia forma messi in atto, dagli enti in collaborazione" con tutti i soggetti interessati (p. 203).

Chiaramente in tale costruzione appare rilevante il ruolo svolto dal principio di sussidiarietà, che diventa l'architrave dell'intero sistema. Un principio la cui applicazione "ha assunto nel tempo un valore centrale e determinante con riferimento al tema degli interessi religiosi locali" (p. 42).

Attraverso l'esperienza sul campo, dall'indagine condotta dal gruppo di ricercatori guidati dal professore Antonio G. Chizzoniti, troviamo conferma che il ruolo dei Comuni in ordine al soddisfacimento delle esigenza religiose dei

residenti (siano essi cittadini o stranieri) si manifesta prevalentemente nei settori dell'edilizia di culto e spazi urbani e libertà religiosa (pp. 87-107) e sepoltura civile (pp. 108-136).

Il tema dell'edilizia di culto viene letto considerando due fattori: in primo luogo l'attuale gestione di questa materia da parte delle amministrazioni comunali e in seconda battuta il crescente pluralismo confessionale, che interessa in modo diverso il tessuto sociale italiano.

Ed è proprio la somma di questi due fattori che non solo giustifica ma rende opportuna una indagine delle diverse esperienze, tanto che i Comuni sono identificati come gli attori, protagonisti per una gestione virtuosa della diversità religiosa (pp. 199-203).

In conclusione segnalo che il volume, alle pagine 206-212, è completato da una *Appendice* che contiene la documentazione relativa, sistemata per materia (206-212) e per territorio (pp. 213-219) e c'è poi una raccolta dei testi normativi a cui si fa riferimento (pp. 220-270).

Aggiungo che gli autori dei saggi sono considerati degli specialisti in questo campo d'indagine, avendo già dato prova, in altre occasioni, del loro interesse scientifico per queste tematiche; la qualcosa contribuisce ad accrescere il valore della loro ricerca. Inoltre l'opera in recensione appare nella collana: *Nuovi studi di Diritto ecclesiastico e canonico*; nuova perché avviata nel 2012 e nuova anche per il fatto di annoverare fino ad ora altri cinque titoli, che sono tutti di giovani studiosi delle nostre discipline

Giovanni B. Varnier

Pierluigi Consorti, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa University Press, Pisa, 2013, pp. 238

La società globale, creazione dell'economia di mercato e della sua esigenza di continua e costante espansione, ha avuto come effetto quello di aprire i confini dello Stato nazionale. La circolazione dei mezzi di produzione e dei prodotti di consumo, al fondamento delle teorie espansioniste dell'economia globale e globalizzata, ha però interessato anche le persone. La circolazione delle persone, soprattutto dai paesi poveri, i paesi del sud del mondo, verso i paesi ricchi, ha generato la società multireligiosa e multiculturale. La diversità religiosa si è articolata intorno alla diversità culturale, generando la transizione dalla società pluralista a quella, appunto, multiculturale.

La società multireligiosa e multiculturale ha disarticolato l'ordine della modernità politica e giuridica. Il conflitto di tipo culturale, anche come prodotto della diversità religiosa delle persone, si è riaffacciato nella realtà storica dell'occidente e non solo. Ha ragione, dunque, Consorti, oggi c'è un gran bisogno di tornare a riflettere sul conflitto e di farlo come giuristi, poiché il diritto, come strumento ontologicamente deputato alla soluzione dei conflitti, è oggi esso stesso oggetto di conflitto.

Il volume di Pierluigi Consorti è uno studio approfondito e molto interessante sulle relazioni dinamiche tra conflitto e scienza giuridica, con un taglio di tipo interculturale. Conflitto e intercultura, diritto e mediazione sono i temi principali del volume. Il diritto interculturale, che è stato oggetto di importanti e ormai imprescindibili riflessioni da parte di Mario Ricca, dalle quali Consorti giustamente prende l'avvio, è innanzitutto un metodo nuovo per l'applicazione e l'interpretazione del diritto, delle categorie giuridiche, che parte da un dato ineliminabile e cioè che la neutralità sul piano culturale e religioso del nostro diritto è un falso mito della scienza giuridica occidentale, della modernità intesa appunta come immensa struttura filosofica di costruzione del sistema dell'ordine, per dirla con Bauman.

Nota giustamente il Consorti nell'*avvertenza preliminare* che, pur distin-

guendosi da esso, il diritto interculturale rappresenta una "attualizzazione metodologica e concettuale del cosiddetto «Diritto ecclesiastico»" (p. 7). Se, come insegnava Jemolo, il diritto ecclesiastico ha da sempre rappresentato il banco di prova per la correttezza teorica e pratica dei principi del diritto, e se il diritto ecclesiastico è stato da sempre la scienza di confine (scienza di mezzo, come l'ha definita il Direttore di questa Rivista), ed ha rappresentato un argine importante allo strapotere del diritto secolare, del potere "laico" dello Stato, in funzione della tutela della persona umana e della sua dignità, il diritto interculturale condivide presupposti, metodi e valori del diritto ecclesiastico, e devono essere gli ecclesiasticisti ad essere ancora una volta le sentinelle della tutela della libertà della persona contro ogni forma di potere, per riprendere l'insegnamento di un altro Padre della nostra disciplina, Francesco Ruffini.

Il libro si divide in tre parti. La prima è dedicata allo studio del concetto di conflitto e di come questo possa essere gestito nella società multiculturale, a partire dal rapporto tra conflitto e diritto. La seconda parte è dedicata alla mediazione come scienza di gestione e trasformazione del conflitto. La terza parte, al diritto interculturale.

Ciò che appare davvero importante nella descrizione ed analisi del concetto di conflitto è la considerazione secondo la quale "il conflitto, un tempo percepito pressoché esclusivamente come un male da prevenire, appare oggi come un'opportunità di crescita. A patto che si impari a gestirlo (o *trasformarlo* …)" (p. 9). Il conflitto è, dunque, alla radice dell'incontro o dello scontro tra le culture e le religioni al mondo d'oggi. Il problema, però, non è il conflitto in se, ma la necessità che lo stesso non degeneri nella violenza e per far ciò è necessario che si attuino strategie discorsive finalizzate a gestire e trasformare il conflitto, da possibile fonte di violenza, in occasione di crescita delle persone, che dentro la gestione del conflitto imparano a conoscere l'altro e attraverso l'altro a conoscere se stessi e attraverso questa fase preliminare di reciproca conoscenza sappiano scorgere canali e valori di dialogo e comunicazione, appunto interculturale. Questa dinamica della gestione del conflitto che implica la metodologia del "«decentramento culturale» … non si esaurisce nel conoscere le altre culture, quanto nel capire meglio se stessi guardando gli altri"; ed è alla base delle strategie metodologiche del diritto interculturale.

La differenza culturale e religiosa implica un vero e proprio *choc* giuridico, che impone al diritto di operare quel decentramento culturale senza il quale il "mondo delle regole appare lontano da quello della vita sociale, nonostante presenti un grado di adattabilità che lo renderebbe utile per trovare risposte adeguate alle domande poste dalle società multiculturali" (p. 19). Il rapporto tra diritto e cultura, quello tra cultura e identità e ancora il rapporto tra identità culturale e identità personale, sono tutti temi fondanti la bella analisi di Consorti. Ragionare intorno a questi temi è oggi essenziale alla scienza giuridica, poiché i problemi che il giurista di domani, anzi dell'oggi, è chiamato a risolvere non possono prescindere dalla soluzione di questi temi, che sembravano essere ormai risolti. Questo vuol dire tornare a riflettere sulla libertà religiosa, sull'eguaglianza religiosa e, soprattutto sulla laicità dello Stato in un'ottica interculturale. Cosa che si rinviene nella parte finale del volume, quella appunto dedicata al diritto interculturale, con considerazioni originali e condivisibili.

I tentativi fatti dal sistema giuridico italiano per avanzare soluzioni sono giustamente oggetto di critiche, proprio perché, come rileva Consorti si fondano sulla fissità nel rapporto tra cultura, religione diritto e appartenenza. A ciò

non si sottrae neppure la cosiddetta Carta dei valori, adottata da un decreto del Ministro dell'interno nell'aprile del 2007. Questi atti del diritto interno italiano, così come tutto il dibattito sulla cittadinanza in Italia rappresentano, sottolinea ancora Consorti, "un processo di integrazione che non dipende tanto dalle condizioni effettive di accoglienza, quanto dalla capacità del singolo di adeguarsi all'incontro con l'identità maggioritaria" (p. 61). Il singolo si integra nella misura in cui accetta ciò che è impossibile ad accettarsi, cioè di diventare un altro da se, non di adattare se stesso ad un nuovo ambiente, rimanendo in qualche modo se stesso, ma di spogliarsi di se stesso, di ciò che è stato sino al giorno dell'arrivo nel nuovo contesto sociale. Un processo che, ove mai possibile, genererebbe sicuramente schizofrenia sociale e disadattamento, fonte poi di chiusura all'interno del perimetro della propria appartenenza religiosa e culturale, vissuta come fonte di sicurezza sociale e unico argine al pericolo del disadattamento sociale, causa di odio, rancore e quindi violenza.

L'approccio interculturale al conflitto, che è alla base dell'analisi della seconda parte del libro ha come obiettivo di porre in essere strategie di trasformazione e gestione dei conflitti. La disamina muove da alcune considerazioni preliminare sul conflitto: "il conflitto è un elemento *naturale, strutturale e permanente* delle relazioni umane; il conflitto è *l'indicatore* (sintomo) di un malessere relazionale; il conflitto è un *processo* che parte da un equilibrio iniziale e termina, a conclusione della fase conflittuale, con un nuovo equilibrio, diverso dal primo e provvisorio" (p. 80). Come è facile intuire, è il medesimo processo che si attua con l'interpretazione del diritto, che mira, appunto, a generare un contesto nuovo, costruito attraverso l'applicazione dello strumento giuridico al fatto e diretto a trovare punti di sintesi tra le istanze potenzialmente in conflitto di cui sono portatori i soggetti del diritto.

Tra gli stili, che rappresentano il modo di affrontare e gestire il conflitto (elusivo, competitivo e cooperativo), quello cooperativo è lo stile che più di tutti incarna la dinamica dell'interculturalità e il modo migliore appunto per gestire e trasformare i conflitti. Lo stile cooperativo è "uno spazio di ricerca creativa di soluzioni innovative che rispondono a criteri di mutuo beneficio" (p. 87). L'analisi prosegue con la descrizione di alcuni metodi di gestione cooperativa del conflitto: il metodo transcend, di Galtung e quello dell'equivalenza di Pat Pattfrod, autrice di uno dei paragrafi del volume.

Il libro prosegue con l'analisi di temi quali la comunicazione interculturale, che "si configura … come il necessario processo attraverso il quale è possibile esprimere la creatività di ciascuno" (p. 131), la mediazione trasformativa, per giungere ad alcune esperienze di mediazione in campo civile e commerciale, che pur non essendo ancora "l'*Alternative Dispute Resolution* (ADR) di stampo americano, tuttavia costituisce un tassello significativo del più complesso sistema alternativo o, se non altro, complementare, rispetto alla giustizia ordinaria" (p. 152). Anche questa parte si presenta molto interessante, dalla stessa inoltre traspare l'esperienza maturata dall'autore nel campo dei conflitti e della soluzione degli stessi, nel Master in "Gestione dei conflitti interculturali e interreligiosi" e nel Master in "Gestione dei conflitti e mediazione", attivati presso l'Università di Pisa.

La terza parte, quella sul diritto interculturale, muove dalla necessità di affermare il carattere interdisciplinare della materia, che non può non aprire un dialogo fecondo con l'antropologia, la sociologia, la psicologia dei processi culturali, la filosofia del linguaggio e la semiotica. Ha ragione Consorti a sottolineare il ritardo dei giuristi su questo tema, un ritardo colpevole, che ha causato non

pochi danni al tema dell'intercultura.

Sottolinea l'importanza del "Libro bianco"sul Dialogo interculturale del Consiglio d'Europa, adottato nel 2008, anno europeo appunto sul dialogo interculturale. Un documento importante, che apre una riflessione sulla centralità del dialogo nella gestione e trasformazione del conflitto nella società multireligiosa e multiculturale. Andare oltre il multiculturalismo e l'integrazione culturale come dinamica di straniamento del soggetto dalla propria cultura e imposizione di una "nuova" cultura, come precondizione per l'integrazione, sono gli obiettivi del Libro bianco. La centralità dei diritti umani, della democrazia, sono il contesto di riferimento per l'implementazione del dialogo tra i diversi. Un documento che ha come obiettivo quello del superamento della "globalizzazione dell'indifferenza" (p. 163), assolutamente condivisibile.

Cos'è il diritto interculturale? Cosa non è diritto interculturale? Sono i due interrogativi di fondo della terza parte del volume. Ciò che emerge è la necessità che la collaborazione tra le scienze succitate, lungi dall'essere un pericolo avvertito dal giurista incapace di andare oltre le analisi del diritto inteso come "scienza pura", consenta invece al giurista interculturale di "andare oltre, adoperarsi per fornire una traduzione culturale che consenta alle parti in causa di comprendere «davvero»oltre le forme. Dovrà cioè comportarsi come il ponte che unisce le due sponde di un fiume, diventando un luogo terzo che permette agli abitanti dell'una e dell'altra riva di incontrarsi" (p. 184). La metafora e la traduzione sono, come emerge, due importanti tasselli metodologici per l'analisi del diritto in chiave interculturale. Tradurre la diversità vuol dire generare un "luogo" terzo rispetto alle culture in gioco, a quella nascosta dentro le pieghe del diritto, che sovente ha una derivazione religiosa, e quella dell'istanza del culturalmente altro che chiede riconoscimento dentro il sistema giuridico, l'eguaglianza "dentro" la legge, per riprendere una espressione simbolicamente potente di Mario Ricca.

Andare oltre il sistema dei "diritti culturali", oltre il sistema penalistico della *cultural defences*, andare oltre la diversità come diritto della persona intesa nella fissità del rapporto tra persona e appartenenza culturale e religiosa è l'ambizioso obiettivo del diritto interculturale, un obiettivo necessario però perché il conflitto non diventi scontro e, quindi, violenza.

Le pagine finali sono dedicate al tema, caro ad ogni ecclesiasticista, della laicità interculturale. Osserva Consorti che la laicità avrà un futuro nella misura in cui riuscirà ad andare oltre "la tradizionale logica verticale che presume lo Stato come unico custode della laicità"(p. 235), nella misura in cui sappia andare oltre cioè la laicità francese, "figlia di una costruzione culturale che puntava alla realizzazione di una società omogenea" (p. 235), nella misura in cui riconosca cioè la necessità di andare oltre la stessa neutralità, che se si è inverata nel rapporto con la religione nelle dinamiche del "pluralismo cristiano", oggi rischia di non essere in grado di gestire e trasformare i conflitti della società multireligiosa e multiculturale.

Paolo Stefanì

Aa.Vv., *Il fattore religioso nella Repubblica di San Marino*, a cura di Antonello De Oto e Luca Iannaccone, il Cerchio, Città di Castello, 2013, pp. 148.

L'analisi della regolamentazione del fattore religioso nei diversi Stati assume rilevante interesse nell'attuale mondo globalizzato, in cui il processo di omologazione sociale, culturale ed economico contribuisce ad acuire la crisi del modello di Stato nazionale, che, tuttavia, trova rinnovata vitalità ed autonomia nella strenua rivendicazione di un proprio legittimo

"margine di apprezzamento" in materia religiosa. Nonostante l'appartenenza ad ordinamenti sovranazionali a carattere regionale, e le inevitabili interferenze ed ingerenze che ne scaturiscono, gli Stati sembrano voler proteggere questo residuo brandello di sovranità.

L'eterogeneità delle risposte offerte diviene ancora più significante nei micro-Stati, perché in essi è proprio la "ragione culturale" dello stare insieme – spesso costituita dalla condivisione del medesimo sentimento confessionale – a costituire il fondamento della loro identità, gelosamente custodita tra istanze di apertura all'esterno e tentativi di custodia delle tradizioni locali. La ricerca di questo difficile equilibrio per gli Stati di piccole dimensioni produce soluzioni contrastate, in cui ci si muove tra gli slanci pluralistici e libertari di piccoli Stati quali Capo Verde e il Lesotho, ed i picchi liberticidi di altre realtà (Maldive, Comore, Gibuti).

Ne deriva che l'esercizio di un diritto al territorio rispettoso dei diritti fondamentali non è un traguardo sempre tagliato da queste micro-realtà (p. 138), tanto che «l'equazione piccole patrie-tutela dei diritti umani non sembra essere sempre così vincente» (p. 132). Con il suo contributo in tema di piccoli stati e fattore religioso Antonello De Oto, curatore dell'opera recensita insieme a Luca Iannaccone, offre la giusta chiave di lettura per una piena comprensione del senso che permea il volume dal titolo *Il fattore religioso nella Repubblica di San Marino*, in cui si esalta la Serenissima Repubblica di San Marino per la «pregevole alchimia» raggiunta nella dinamica tra laicità e tradizione, tra difesa del diritto al territorio e tutela dei diritti fondamentali.

L'indagine dell'ordinamento costituzionale sammarinese, cui è dedicato il contributo di Paco D'Onofrio, è preceduta dalla minuziosa ricostruzione storica di Alessia Lignani Annichini sull'insediamento ebraico sul Monte Titano, in cui si evidenzia come tale presenza fosse legata all'esigenza di usufruire del servizio di prestito ad usura, precluso ai cristiani – almeno fino all'istituzione dei primi monti di pietà a partire dal 1619 – ed esercitato dai soli banchieri giudei muniti di dispensa papale. Nonostante alcuni episodi di diffidenza, il piccolo Stato, a dispetto di quanto accadeva nei Comuni limitrofi, si mostrò particolarmente tollerante nei confronti degli ebrei, ed oltre a non richiedere spesso l'autorizzazione pontificia – anche a testimonianza di una certa indipendenza vantata nei confronti del Pontefice – non impose loro, se non a partire dal 1530, l'ostensione di un segno distintivo di riconoscimento (p. 29).

La Dichiarazione dei Diritti dei Cittadini e dei Principi dell'Ordinamento Sammarinese, approvata con la legge 8 luglio 1974, n. 59, costituisce, insieme allo *jus commune*, la «pietra miliare» del vigente ordinamento giuridico sammarinese, impegnato ad assicurare un'effettiva uguaglianza sostanziale tra i cittadini anche attraverso il divieto di discriminazioni per ragioni di culto o religiose (art. 4) e la mancanza di impedimenti all'esercizio di qualsivoglia fede, al di fuori del limite dell'ordine pubblico. La libertà di culto è quindi pienamente garantita. A tal fine il Codice penale incrimina ogni comportamento lesivo di qualsiasi culto, senza che sia operata, a differenza di quanto prevedevano gli artt. 402-406 del Codice penale italiano anteriormente alla novella del 2006, alcuna distinzione, sia in ordine alla previsione delle singole fattispecie criminose che in relazione al trattamento sanzionatorio, tra confessione cattolica ed altre confessioni.

Nei micro-Stati, come accennato, è la "ragione culturale" a costituire l'essenza ed il fondamento della loro esistenza. Ciò vale in particolare per la Repubblica di San Marino, nel quale la comunità, al tempo stesso civile e religiosa, «vive nel ricordo e nella venerazione di un Santo al quale attribuisce la sua fisica esistenza» (p. 43). La comune storia dei due Santi

scalpellini Marino e Leone, entrambi provenienti dalla Dalmazia, sta anche alla base della costituzione della Diocesi di San Marino-Montefeltro, la cui peculiare estensione su due Stati (Italia e San Marino) è chiaramente tratteggiata da Paolo Stefanì nel contributo dal titolo *Note di diritto canonico sulla Diocesi di San Marino-Montefeltro.* L'A. indaga le ragioni che hanno condotto, in data 22 febbraio 1977, alla *recognitio* della Diocesi del Montefeltro sotto la denominazione di San Marino-Montefeltro, manifestando, inoltre, una certa perplessità in relazione al criterio, quello della sede in Italia, utilizzato per affermare l'italianità della Diocesi. Successivamente sono attentamente scandagliati i problemi pratici in materia di amministrazione dei beni temporali e di sostentamento del clero derivanti dal radicamento della Diocesi sul territorio di due diversi Stati, peraltro caratterizzati dalla determinazione di aliquote differenziate per il finanziamento della Chiesa Catttolica (otto per Mille l'Italia, tre per mille San Marino). La necessità di garantire un trattamento omogeneo tra le Parrocchie ed il clero operante tra il territorio italiano e quello sammarinese è ulteriormente complicato dalla circostanza che alla Diocesi italiana – riconosciuta come ente ecclesiastico italiano in virtù della sede fissata in territorio italiano – corrisponda un Istituto diocesano per il sostentamento del clero che, al contrario, avendo sede nel territorio di San Marino, non è stato riconosciuto come ente ecclesiastico dall'Italia in quanto ente straniero (p. 53). Al riguardo, alla luce delle eccezioni alla normativa canonica – tra queste si segnala il singolare ruolo di coordinamento economico-amministrativo di cui è investito il Vicario foraneo – l'A. suggerisce la soluzione della stipulazione di un Patto a tre tra Santa Sede, Repubblica Italiana e Repubblica di San Marino, con cui gli Stati assumerebbero l'impegno di concorrere congiuntamente alle esigenze del clero della Diocesi di San Marino-Montefeltro (p. 55).

Il successivo contributo di Luca Iannaccone ripercorre la disciplina, e la relativa evoluzione, del matrimonio religioso nella Repubblica di San Marino. Prima della legge del 26 aprile 1986, n. 49 il matrimonio canonico assumeva rilevanza civile come conseguenza immediata e diretta della sua celebrazione, costituendo, inoltre, l'unica forma matrimoniale contemplata dall'ordinamento sammarinese fino all'entrata in vigore legge del 22 settembre 1953, n. 37. Sarà soltanto a partire dal 1953, infatti, che verrà affiancata a tale forma quella di un matrimonio civile modellato sulle fondamenta dello stesso matrimonio canonico, quindi caratterizzato dall'indissolubilità del vincolo coniugale (consenso prestato *pro semper* e inesistenza di cause di scioglimento diverse dalla morte dei coniugi). Il processo di progressiva secolarizzazione della materia matrimoniale si è completato con l'art. 3 della legge 49/1986, il quale prevede che gli effetti civili conseguono automaticamente solo per il matrimonio civile, mentre per gli effetti civili del matrimonio religioso (non necessariamente canonico) si richiede la trascrizione del relativo atto, da effettuarsi non oltre il terzo giorno non festivo dalla celebrazione delle nozze. Il testo normativo, richiamandosi ad un generale matrimonio religioso – canonico e non – supera così ogni discriminazione nel trattamento riservato ai matrimoni religiosi dei fedeli cattolici e dei fedeli di una diversa confessione, con la conseguenza che l'accesso all'efficacia civile del matrimonio non sia condizionato né dall'appartenenza ad una determinata confessione né dal rispetto di predeterminate forme. Tuttavia, nonostante questo apprezzabile fine, la legge, per come è concretamente formulata, sembra ingenerare notevoli rischi applicativi, a causa della difficoltà di accertare, in assenza di parametri normativi adeguati e di requisiti formali minimi, quando si sia in presenza di una forma effettivamente religiosa

di celebrazione del matrimonio, come tale suscettibile di conseguire i relativi effetti civili. L'A. segnala con particolare precisione questi profili di criticità insiti nella farraginosa normativa matrimoniale sammarinese, e conclude il suo contributo ricordando che la Repubblica di San Marino, a differenza di quanto previsto in Italia con il Concordato del 1929, abbia scelto di dare immediata esecutività alle sentenze di nullità matrimoniale emesse dai tribunali ecclesiastici conformemente alle norme di diritto canonico.

Segue il saggio di Adolfo Morganti, che, nel tentativo, sicuramente apprezzabile, di fare chiarezza intorno ai nuovi movimenti religiosi, alle sette ed alle realtà *border line* che affollano il territorio sammarinese – ma il problema è comune a tutto l'Occidente decristianizzato – offre spunti di sicuro interesse anche per la dottrina ecclesiasticistica, chiamata a dare contenuto al "concetto giuridico" di confessione religiosa, anche a fronte delle nuove e controverse espressioni di un senso religioso dai confini sempre meno nitidi.

Chiude l'opera il contributo di Antonio Fuccillo, il quale, con l'intento di evidenziare le differenze e le convergenze rispetto alla laicità sammarinese, analizza la peculiare situazione del Principato di Monaco, Stato confessionale, ma allo stesso tempo rispettoso del pluralismo religioso, in cui la radicata presenza del cattolicesimo quale religione di Stato, nonostante paia in contrasto con la «fama» del Principato legato allo «svago turistico ed al gioco d'azzardo», sottende anche all'impegno del governo di contribuire, grazie anche ai proventi dei casinò, alle necessità della Chiesa Cattolica (p. 146). In questo senso l'esperienza monegasca è presa dall'A. come occasione di verifica della compatibilità tra confessionismo e pluralismo religioso, onde dimostrare che «la dichiarata preferenza dello Stato verso una determinata confessione religiosa» non «sia di per sé automaticamente ostacolo alla indefettibile laicità delle istituzioni democratiche» (p. 148). Al riguardo, a dispetto di una sua sostanziale laicità, sarebbe stato interessante evidenziare se la forma confessionista del piccolo Principato, che in base all'art. 436 del Trattato di Versailles del 1919 si impegna ad esercitare i propri poteri tutelando anche gli interessi della Francia, non possa in realtà finire con l'ostacolare la regolare vita giuridica della Francia, in cui il supremo principio di laicità assurge a pilastro ed attributo essenziale della *République laïque*.

In conclusione, l'opera recensita costituisce un sicuro ed affidabile punto di riferimento per chiunque intenda approfondire il diritto ecclesiastico sammarinese. In questo senso, il volume non delude le aspettative, facendosi apprezzare per la completezza e la precisione. Allo stesso tempo, le riflessioni che sono suscitate dalle peculiarità del sistema sammarinese sembrano suggerire la necessità di ulteriori studi. Tali indagini, partendo dall'osservazione delle scelte di politica ecclesiastica compiute dai micro-Stati sulla base di una più facile identificazione delle diverse componenti religiose all'interno del loro ridotto territorio (si pensi alla componente islamica presente in Liechtenstein, formata da circa 600 turchi), potrebbero positivamente contribuire all'analisi di nuovi possibili modelli di regolamentazione del fenomeno religioso adottabili anche all'interno degli Stati di maggiori dimensioni.

Fabio Balsamo

Francesco D'Agostino, *Diritto e religione*, Ariccia, Aracne, 2014, p. 160

L. Kolakowsky, ne *La rivincita del sacro nella cultura profana e nelle religioni* (1982), osserva che il ritorno al sacro si alterna quasi sempre ad una fase succedanea all'ateismo e all'agnosticismo.

Nell'ora presente si assiste ad un

ritorno alle posizioni filosofiche della negazione dell'esistenza del trascendente in maniera travolgente, per la asserita capacità dell'uomo di pensare sè stesso e il proprio mondo, prescindendo dal soprannaturale. Alcuni circoli filosofici propongono, addirittura, il riconoscimento, oltre all'equiparazione della propria associazione alle confessioni religiose, con tutte le conseguenze previste dalle disposizioni costituzionali e legislative in materia, sulla base di una presunta omologia tra ateismo e religione, che si contendono la medesima porzione di coscienza (Cardia).

La polemica tra ateismo e religione affonda le sue radici nella notte dei tempi. La reviviscenza che di essa attualmente si registra, anche sul piano giurisprudenziale per alcune sentenze di legittimità e di merito, è destinata a non trovare un punto di approdo, almeno in un futuro imminente.

Il richiamo alla *querelle* filosofico-religiosa è strumentale per introdurre qualche breve considerazione sul saggio di F.D'Agostino sul rapporto tra diritto e religione.

Con questo nuovo lavoro, di notevole respiro speculativo, il filosofo cattolico accompagna il lettore in un'amabile conversazione, condotta con il fascino di una garbata provocazione intellettuale, per far riflettere sui principi di fondo della teoria generale del diritto, senza la quale qualsiasi applicazione pratica cade in una irrecuperabile disarmonia.

Il tema posto da D'Agostino naturalmente non può passare inosservato per l'ecclesiasticista, che affronta le stesse tematiche da un'angolatura diversa, più specifica in ordine al rapporto norma religiosa-norma giuridica, per tentare di rimuovere il paradosso dell'inseparabilità nella separazione, come paradigma della cultura occidentale.

Il percorso culturale origina da quel che il filosofo definisce *il grande paradosso* della cultura moderna: « negando Dio, e negando implicitamente, anche se non lo si dice con la stessa chiarezza, il Diavolo, cioè la massima metafora del *male*, si banalizza l'intera dinamica dell'esperienza sociale, oltre che dell'esperienza individuale. Se non c'è Dio non c'è il bene e qui si apre il problema del relativismo, perché un ateismo metodico, essendo nello stesso tempo un asatanismo metodico, non può che portare al relativismo. E l'effetto del relativismo quale è? Che l'azione si inibisce, si spegne o si banalizza» (p. 14). La presenza immanente del male nel mondo fisico, per il filosofo, non riesce a depurare una ragione, nonostante i reiterati tentativi di renderla l'unica fonte del divenire umano.

Dall'analisi della teodicea, dall'abbinamento tra ateismo e *asatanismo*, come dimostrazione concreta dell'inesistenza di Dio, si passa alla proposta di un'etica forte, che possa davvero essere universale, per combattere e vincere ogni forma di ingiustizia, morfologia del male universale (e dunque di satanismo).

In questa prospettiva conviene analizzare in maniera più compiuta il capitolo terzo del libro qui recensito, afferente il rapporto tra il diritto e la laicità.

Tale idea, per l'autore, non è una conquista post-illuministica, bensì un presupposto identitario dell'esperienza giuridica, ovvero una dimensione strutturale della fenomenologia giuridica. In tal senso la laicità come uso di ragione serve a distinguere il diritto dall'ideologia, la logica giuridica da quella politica della forza (intesa come espressione di sovranità, non già come mera violenza) per perseguire la giustizia.

Il diritto è profondamente laico, giacchè riguarda l'aspetto *temporale* della vita umana.

Anche dal punto di vista strettamente ontologico il diritto è naturalmente laico, in quanto è finalizzato alla comunicazione e alla relazione tra pari (sempre valido l'insegnamento dantesco: *hominis ad hominem proportio)*, sul terreno della di-

gnità umana, intesa come valore secolare.

Il filosofo a tale proposito inserisce la distinzione tra il cristianesimo e le alte religioni monoteiste. Nella tradizione islamica e giudaica il diritto consiste nella traduzione in termini giuridici della volontà di Dio. Il cristianesimo rompe questo nesso individuando nella legge non tanto la volontà di Dio, bensì la dignità della persona umana, giusta l'insegnamento paolino: *cum enim gentes, quae legem non habent, naturaliter, quae legis sunt, faciunt eiusmodi legem non habentes ipsi sibi sunt lex*, S.Paolo, Romani, 2,14.

Il passaggio tra il diritto religioso a quello secolarizzato comporta la rifondazione dell'obbligazione giuridica in un ambito diverso dalla sfera religiosa; nondimeno il rispetto della relazione tra pari comporta di per sé un rapporto sacrale, che si esprime anche in determinati strumenti linguistici, come, ad esempio, la sacralità del diritto alla vita. In mancanza di un siffatto aspetto sacrale si creerebbe un *vuoto,* che ripetutamente si è tentato di colmare con meccanismi surrogatori del fenomeno, come, ad esempio, la religione civile.

Detto altrimenti, per l'autore la laicità non è una sovrastruttura ideologica, utilizzabile per eventi sopravvenuti alla formulazione della Carta Costituzionale.

Pertanto, se la *regula juris* secolarizzata ha una radice arcaica nella religione, nel sacro non per questo il processo storico sulla normazione giuridica, che è all'origine del diritto, può dirsi un fatto passato, anzi è ancor oggi un movimento circolare di interfecondazione specifica.

Il tema della laicità è divenuto un terreno appassionante di confronto culturale tra diverse discipline, storiche, filosofiche, giuridiche, politiche. Esso tuttavia non può essere trattato in una breve nota recensiva. Qui basta solo richiamare l'espressione del Casavola che ha ribadito che il principio di laicità, pur non essendo espressamente richiamato nella nostra Costituzione, appartiene alle *viscere* della Carta. Il problema non è tanto di contenuti, quanto di metodo. Si tratta di stabilire, una volta per tutte, se la laicità attiene al patto repubblicano fondativo, mutuato dal modello culturale francese, oppure se rientra nell'alveo dei principi supremi desumibili dal nostro impianto costituzionale. Se l'analista adotta il metodo rinvenibile dalla storia critica dell'idea, non può revocare in dubbio che il principio di laicità, in una costituzione rigida come la nostra, rientra tra i principi supremi dell'ordinamento. Storicamente c'è solo da aggiungere che tale opzione ha trovato ingresso *apertis verbis* solo a distanza di oltre quaranta anni dall'entrata in vigore della carta Costituzionale: 1948-1989, con l'emissione della sentenza della Corte Costituzionale 203/89.

Luigi Barbieri

Gianfranco Macrì, Marco Parisi, Valerio Tozzi, *Diritto civile e religioni*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2013, pp. 308.

Il recente manuale di diritto ecclesiastico, scritto da Gianfranco Macrì, Marco Parisi e Valerio Tozzi, manifesta già nel titolo, "*Diritto civile e religioni*", le finalità che gli Autori si prefiggono. Si tratta di un'opera che, dichiaratamente, vuole rielaborare la materia in maniera imprescindibile dall'evoluzione attuale del fenomeno religioso. Il pluralismo confessionale, ormai realizzatosi anche in Italia, impone il superamento della impostazione, che caratterizzava la manualistica tradizionale, nella quale l'ambito del diritto concordatario, inteso come luogo della disciplina dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica, perde ampiamente terreno di fronte agli spazi sociali e normativi, che le altre realtà religiose vanno progressivamente conquistandosi. La trattazione, pertanto, ridimensiona il ruolo della disciplina negoziata con la Chiesa cattolica, e, nello stesso tempo, relega nell'alveo della specialità la stessa

regolamentazione dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose acattoliche, prodotta in attuazione dell'art. 8, terzo comma, della Costituzione.

Acquista rilievo centrale la considerazione che, "nel nuovo contesto istituzionale, l'oggetto diretto della tutela dell'ordinamento è in primo luogo la persona umana (ed i suoi bisogni in materia religiosa) e solo strumentalmente le organizzazioni collettive di soddisfazione di detti bisogni, di qualunque livello e complessità" (p. 32). Più oltre, gli Autori tornano sul tema e rimarcano che la Costituzione "garantisce solo strumentalmente le formazioni sociali in vista della più piena tutela della promozione della persona umana, ma non antepone le prime ai singoli" (p. 66).

La subordinazione dei diritti dei singoli a quelli delle formazioni sociali sarebbe strettamente collegata a una visione della tutela dei diritti di libertà religiosa individuali, "riflessa" rispetto ai meccanismi di garanzia accordati alle confessioni religiose, e, in special modo, alla Chiesa cattolica; una visione che gli Autori "rimproverano" alla dottrina e alla giurisprudenza dei primi decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Simultaneamente, però, il manuale riconosce che l'art. 8 Cost., utilizzando la locuzione "confessioni religiose", non indica "qualsiasi forma organizzata di interessi religiosi, ma un gruppo più ristretto fra quelle organizzazioni, così qualificato perché riferito a soggetti che presentano determinate caratteristiche che le pongono in posizione apicale fra la enorme e multiforme massa di formazioni sociali religiose" (p. 68); tuttavia, si sottolinea come questa differenziazione tra generiche formazioni sociali e confessioni religiose giustifichi forme speciali di tutela, tali da condizionare perfino la sovranità dello Stato, ma non consenta una posposizione del valore della libertà religiosa dei singoli individui.

Si capisce, allora, perché gli Autori ritengano che la norma fondamentale nella disciplina costituzionale del fattore religioso sia l'art. 19, anche rispetto agli stessi artt. 7 e 8 e nonostante che questi ultimi, nella partizione del testo costituzionale, siano ascritti tra i principi fondamentali. La libertà religiosa viene riconosciuta dall'art. 19 Cost. parimenti ai singoli e ai soggetti collettivi a carattere religioso, con la conseguenza "che in nessun caso i diritti dei singoli possono essere ignorati o subordinati o divenire un riflesso delle garanzie accordate al gruppo" (p. 70). Non mancano i limiti alla libertà religiosa: oltre a quello della non contrarietà dei riti al buon costume, esplicitamente enunciato dal medesimo art. 19 Cost., si deve annoverare anche il solidarismo, "che non si limita a sancire l'obbligo del *neminem ledere*, ma che esige una collaborazione di tutti per il bene della società (p. 72).

Dal canto suo, la legislazione negoziata, di cui agli artt. 7 e 8 della Costituzione, dovrebbe svolgere la limitata funzione di adattamento delle "garanzie generali alla specifica struttura di ciascuna organizzazione confessionale" (p. 80); tanto più che la centralità data a livello europeo ai diritti dei singoli rispetto alle organizzazioni religiose produrrà prevedibilmente una ulteriore erosione della normativa negoziata (pp. 93-94).

È, pertanto, evidente come il manuale tenda a ricostruire in modo innovativo il sistema delle fonti ecclesiasticistiche. La preminenza attribuita all'art. 19 Cost. potrebbe consentire una prassi, nell'applicazione della normativa negoziata tra Stato e confessioni religiose, secondo gli Autori più coerente sotto il profilo dell'ossequio al principio di laicità. Quest'ultimo subirebbe numerosi *vulnera* dalla concessione di privilegi a singole confessioni in ragione della loro dimensione pubblica. In più, si osserva che "la rilevanza sociale di un gruppo organizzato non coincide con una dimensione pubblica, né più né meno di come non è espressione di

dimensione pubblica un supermercato, un teatro o un parcheggio privato. La dimensione sociale dei gruppi religiosi li fa afferire alla categoria degli *interessi collettivi*, ma *di parte* e non agli *interessi pubblici* (p. 122).

Ne deriva una configurazione del sistema costituzionale in materia religiosa non priva di ricadute anche sull'applicazione del principio di sussidiarietà. Infatti, da un lato, il nuovo art. 117 Cost. sembrerebbe rafforzare la riserva centralistica dei rapporti tra Stato e confessioni religiose; dall'altro, le amministrazioni locali hanno specifici obblighi verso i cittadini, "titolari di 'diritti' che non possono derivare da 'rapporti' intermediati dalle organizzazioni confessionali di rispettiva appartenenza, ma sono reclamabili direttamente da singoli e da soggetti collettivi, direttamente verso l'autorità pubblica del livello adeguato" (p. 87). La conseguenza è che la scelta di individuazione del livello, centrale o locale, al quale trattare la materia, è determinato più dalla politica che dalla normazione positiva.

La seconda parte del manuale affronta le problematiche relative al diritto di professare la fede sia a livello singolo che collettivo.

Così, da un lato, gli Autori sono molto attenti a denunciare i rischi di condizionamento della libertà individuale, derivanti anche da norme di diritto comune, nelle quali il punto di vista ideologico di alcuni finisce per porre restrizioni a tutti (ciò sarebbe, per esempio, avvenuto nella legge sulla procreazione assistita).

Per quanto, invece, riguarda la disciplina delle "organizzazioni della religiosità collettiva", coerentemente con le premesse dell'opera, vengono denunciate quali discriminazioni le diversità di tutela concesse nei rapporti con le varie confessioni, e si contesta come "le differenziazioni che scaturiscono dall'attuale assetto normativo sembrano non tenere in debito conto che l'oggetto della *dimensione pubblica* (sociale?) del fenomeno religioso è la religiosità come comportamento umano e non il potere dei gruppi religiosi dominanti" (p. 154).

Il confine incerto tra la dimensione pubblica della religione in senso sociologico, e, quindi, in altri termini, quella sociale, e la dimensione pubblica in senso stretto, e, cioè, giuridica, è verosimilmente all'origine della considerazione degli Autori, per la quale ogni specialità di disciplina per la Chiesa cattolica integrerebbe una violazione del principio di laicità: un'affermazione sicuramente condivisibile quando la posizione particolare, attribuita alla Chiesa cattolica, sia consequenziale al rilievo pubblicistico eventualmente riconosciuto alla stessa. Tuttavia, la pretesa uniformità di trattamento deve fare i conti, da un lato con la tutela costituzionale della specifica identità delle confessioni religiose, che dà luogo alla negoziazione *ex* artt. 7 e 8 Cost., dall'altro, in modo peculiare per la Chiesa cattolica, con la rilevanza storica e sociale, che non può essere totalmente ignorata, quanto meno sotto il profilo culturale (vedi l'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica) e quello organizzativo e pratico (si pensi all'assistenza spirituale nelle strutture costrittive).

In definitiva, l'insistenza degli Autori sul tema della libertà religiosa, in tutti i suoi risvolti, individuali e collettivi, si inserisce nella scia di un'evoluzione, che ha trovato realizzazione a livello europeo, mentre in Italia le concretizzazioni di carattere generale sono rimaste al livello di tentativo (esemplare, in tal senso, la vicenda dei vari disegni di legge sulla libertà religiosa).

Probabilmente, la recente "ripresa" nella stipula di intese ex art. 8 Cost., seguite dalla relativa approvazione parlamentare, dimostra che un approccio incentrato solo sulla prospettiva della libertà religiosa e che privilegi marcatamente la legislazione unilaterale di diritto comune non può "coprire" la trattazione

del diritto ecclesiastico in modo troppo preminente; ciò nonostante, le istanze e le sollecitazioni del manuale in esame offrono un prezioso contributo, affinché il diritto ecclesiastico possa dare valide risposte alle richieste di tutela provenienti da una società sempre più multireligiosa.

Antonio Guarino

Maria Teresa Napoli, *Censura e giurisdizione. Il Tractatus de nonnullis Regiae Monarchiae ultra Pharum preheminentiis di Baldassarre Abruzzo (1601-1665)*. (Storia del diritto e delle istituzioni/Fonti 2, Collana diretta da Mario Ascheri) Aracne, Roma 2012, pp. 1-378.

Il libro di Maria Teresa Napoli si armonizza con l'altro suo impegnativo lavoro recentemente dato alle stampe su «*La Regia Monarchia di Sicilia*», al quale in più occasioni rinvia.

Anche qui il tema centrale resta la Regia Monarchia, inquadrata nel contesto delle questioni giurisdizionali che si agitano nella metà del Seicento. Ora, tuttavia, il grande Tribunale siculo viene riesaminato sul concreto piano della prassi, attraverso le ragioni storiche e giuridiche che ne intendono conservare intatte le prerogative, a fronte delle «abusive» proteste ecclesiastiche.

L'analisi che vede «protagoniste le curie vescovili» nel Regno siculo, è sviluppata attraverso la penna di un raffinato giurista di chiara fede regalista, il castribonenese Baldassarre Abruzzo, un «osservatore privilegiato» (p. 60) della temperie conflittuale del tempo.

L'Abruzzo conclude il «*Tractatus*» attorno al 1650, dopo attenta e lunga revisione. Egli recupera, nel sostegno alle argomentazioni sul primato giurisdizionale del Tribunale di Regia Monarchia, la tesi della natura legaziale *in sacris* concessa da Urbano II al conte Ruggero d'Altavilla per il *Regnum Siciliae*, nel 1098. Egli insiste, tuttavia, sulla condizione della *potestas de latere*: un tema, quello dell'analisi della natura del potere delegato, congeniale al giurista siciliano che si era già dedicato in precedenza all'istituto del mandato in una sua «*Lectura practicabilis*» del 1643.

Il manoscritto, ricostruito con paziente dedizione e notevole perizia dalla Napoli, poggia tutte le tesi difensive sulle prerogative del foro regio su questa condizione aurea. Merito della Napoli è l'aver individuato l'importanza di una fonte giuridica unica nel suo genere, giacché il «*Tractatus*», ad oltre un sessantennio dalla istituzione del Tribunale di Regia Monarchia, sembra essere l'unico testo giuridico che affronti di petto la questione dei dissapori tra istituti regalisti filippini in Sicilia e tutela dei privilegi vantati dal foro ecclesiastico.

Il libro della Napoli è, dunque, un'impegnativa ricostruzione materiale della fonte secentesca, risultante dalla comparazione testuale dei due manoscritti conservati presso la Biblioteca Comunale di Palermo. Occorre rilevare, in proposito, accantonate le assonanze di impianto teorico e i sovrapponibili toni apologetici dei testi, la diversa consistenza dei due documenti d'archivio riscoperti dalla studiosa, difformi per ampiezza, datazione e contenuto: difformità che appaiono a tutta evidenza nel differente richiamo alle *auctoritates*.

In ragione delle «divergenze significative» intercorrenti tra le due stesure (p. 77), la Napoli non ha adempiuto ad un'opera di semplice trascrizione meccanica ma ha vestito in pienezza i panni del giurista, del paleografo e del linguista. Nodi ermeneutici polisensi si sono intercalati alla ricomposizione di una lettura piana. I raffronti testuali e le difformità evidenziate nelle due redazioni manoscritte hanno imposto preliminari scelte operative, relative all'elezione del testo di base e di quello di supporto integrativo da cui l'A. ha dedotto le «Varianti» che chiudono ogni capitolo.

Ne è risultata una ricostruzione esauriente, arricchita dalla comparazione dei testi, dalla soluzione letterale delle tortuosità di lettura dovute ai grafismi secenteschi, dal puntuale richiamo in nota della dottrina cui l'Abruzzo volta per volta rinvia in contrappunto critico o a sostegno alle sue personali opinioni sulle prerogative del Tribunale di Regia Monarchia.

Della Napoli, poi, è l'aggiunta di un Indice onomastico conclusivo (pp. 361-378), utile ausilio per riordinare la presenza della dottrina regalista citata e sparsa. Da questi elementi si avverte che, lungi da motivazioni autoreferenziali, «*Censura e giurisdizione*» risponde al proposito della studiosa di offrire alla comunità scientifica uno strumento di lavoro provvisto di accorgimenti che ne permettessero l'agevole consultazione e gli opportuni rinvii, onde favorire ulteriori indagini ricostruttive.

L'Abruzzo organizza il «*Tractatus*» in 18 capitoli (*Singularia*) corredati ciascuno da un *Summarium* e preceduto da una *Litera dedicatoria* a Don Giovanni d'Austria oltre che da un *Index* (p. 85) che, unito all'*Index Alphabeticus* (pp. 343-360), conferisce carattere di sistematicità all'opera.

Nell'ampia introduzione la Napoli ricostruisce la periodizzazione bibliografica del manoscritto che si innesta nel solco letterario dedicato alla Regia Monarchia e registra i condizionamenti ideologici, ispirati da una pervasiva censura, che inducono la dottrina e i commentatori tra Cinque e Seicento a sorvolare sull'argomento, in quanto ciò «… si configurava come un'operazione manifesta contro le prerogative papali» (p. 15).

Le gravi riserve dottrinali rispecchiavano le schermaglie tra la politica di Filippo II e la Santa Sede, ossia tra la volontà regia di rafforzare una giurisdizione stabile di Monarchia ed il «*Iudex deputatus*» proposto da Gregorio XIII, competente in terzo grado per le cause che il foro siculo avrebbe, al contrario, voluto arrestare nel suo grembo geloso. Segue un succinto chiarimento delle regole a governo del funzionamento del Tribunale di Regia Monarchia e delle prerogative vantate (pp. 21-23) così come esposte e precisate dalla maggiore dottrina (Marco Aurelio Colonna, Niccolò Stizzia, Cesare Marullo) e dalle fonti locali (le *Ordinationi* del 1580 e le emendate del 1582, oltre alla Prammatica della Gran Corte del 1582).

Il centro motore dell'ordinamento giudiziario regalista siculo risiede nell'operatività del ricorso per via di gravame. A questo accede come condizione necessaria ed indissociabile la delega di funzioni ad una burocrazia regia servente, fidelizzata e munita di effettivi strumenti d'esercizio del potere. Per questo il definitivo assetto regalista del sistema giudiziario legaziale siculo vedrà il «ruolo preminente» – ma aggiungerei, condizionante – attribuito alla figura del viceré, che lucra posizioni di vantaggio rispetto al ruolo di crescente marginalità e decadenza del giudice ecclesiastico (p. 25).

La Napoli si sofferma anche sull'illustre precedente dottrinale di Antonio Scibecca, il «*De Regia Monarchia*» o «*De preheminentiis*» o, semplicemente, «*Tractatus*» terminato nel 1583. Il manoscritto, che sarebbe in breve divenuto uno strumento capitale per la formazione dei magistrati impegnati nei conflitti di giurisdizione «postulava una potestà temporale su delega papale» (p. 31).

L'A. ne spiega le regole di funzionamento, non prima di aver avvertito che: «… il *Tractatus* può ritenersi altresì il veicolo primo, tra i giuristi siciliani, della cultura oltremontana d'ispirazione gallicana, sia pure nelle connotazioni assunte dalla scuola tolosana, ossia fedele al re ma attenta alle ragioni della curia pontificia» (p. 31), e che tale assorbimento di dottrine transalpine avveniva per il tramite di personalità del calibro del Covarruvias.

Le incomprensioni tra monarchia filippina e papato proseguono nel Sei-

cento: è l'epoca delle incursioni storiografiche del Baronio e dell'intransigenza di Clemente VIII che, con la decretazione tridentina e la riproposta bolla *In Coena Domini* si propone di sgretolare la base del ricorso per *via gravaminis*.

Al duplice controversismo aulico e curiale risponde la pratica dell'esperienza giudiziaria di Juan de Torres de Osorio, con una *Relazione Tecnica* (1606) che insiste «nell'esaltare le singolarità procedurali del giudicato di Monarchia (…) la cui *ratio* era nell'essere il Tribunale espressione della potestà legaziale del Re Cattolico» (p. 45). Anche qui il rapporto tra i due grandi fori si misura sulla stabilità dello strumento del ricorso per via di gravame, ma con l'aggiunta di un elemento che si rivelerà centrale nell'analisi dell'Abruzzo: la natura della potestà legaziale legittimamente goduta dal re siciliano, legato nato «*cum potestate de latere*» e, pertanto, equiparato alla potestà dei nunzi apostolici, con facoltà di trasmissione ai viceré.

I giuristi regalisti non esitano persino a strumentalizzare le istituzioni canoniche a fini politici. Il rafforzamento della potestà regia unisce con un filo ininterrotto le costruzioni teoriche di Marco Aurelio Colonna, dello Scibecca e dell'Osorio: sistemi che, come puntualizza la Napoli «… costituiscono i presupposti teorici e tecnici» (p. 48) su cui si impiantò la prassi processuale – ma anche la legittimazione dottrinale – del Tribunale di Regia Monarchia.

L'A. accenna anche lo svolgersi di un'attività diplomatica parallela alle posizioni di stallo ormai consolidate tra potestà regia e Sede apostolica circa le consuetudini «abusive» praticate dal foro siculo; vi si ascrivono i fiacchi tentativi di ammorbidimento tra Filippo IV e Roma affidati alla fortuna di scambi epistolari che aprissero ad una via di tolleranza del ricorso *via gravaminis*: tentativi la cui debolezza si colma nelle reprimende indirizzate dal monarca filippino all'arcivescovo Biagio Proto (p. 53).

Del resto, sul meccanismo dei ricorsi si giocava il futuro dell'egemonia processuale ecclesiastica nell'Europa cattolica ed era, pertanto, destinato a lacerare sia «la coscienza degli ecclesiastici siciliani stretti tra l'obbedienza al papa e la sottomissione al re» (p. 55), quanto la coscienza politica dell'Abruzzo (p. 74).

L'introduzione della Napoli si chiude con una sintesi biografica sul personaggio Abruzzo e sui diciotto capitoli del *Tractatus* (pp. 56-76).

In conclusione, con «*Censura e giurisdizione*» la Napoli ci offre il provvidenziale recupero di un manoscritto unico nel suo genere destinato, sin dal suo nascere, ad una élite di specialisti. Ma il «*Tractatus*» non esaurisce il suo valore nell'apporto ricostruttivo delle fonti giuridiche del meridione italiano. Esso si dilata all'orizzonte dell'Europa cattolica dei sovrani assoluti: un contesto nel quale aleggiano congiunture avverse che avrebbero di lì a poco consigliato il giurista siciliano a spostare radicalmente l'angolo delle sue indagini dalle deflagranti tematiche giurisdizionali ad argomenti più tenui come la natura degli angeli custodi (p. 73).

Resta il fatto che, ispirato da un convinto regalismo attraverso il dosaggio delle *decisiones* e della giurisprudenza consulente, l'Abruzzo compone un paesaggio esauriente delle dottrine cinque-secentesche, già allora in grado di esprimere una globalizzazione del pensiero giuridico europeo *ante-litteram*. I vettori del confronto sono i Covarruvias o i Scibecca: personaggi che tessono una ideale rete di collegamento tra gli *arrêtistes* tolosani, i *magistri* catalano-aragonesi e i giudici delle alte amministrazioni di giustizia sicule. Maria Teresa Napoli ci ha dischiuso una prospettiva ricca ed inedita in cui a Baldassarre Abruzzo va assegnato il ruolo di estensore istituzionale, per rileggere il quadro degli eventi giurisdizionalisti in un'epoca di insospettata

complessità e resistenza di antichi regimi consuetudinari.

Fabio Vecchi

Maria Rosaria Piccinni, *La tutela dell'ambiente nel diritto delle religioni*, Aracne, Roma, 2014, pp. 284.

Introdotto dalla nozione giuridica di "ambiente", in questo interessante volume Maria Rosaria Piccinni ripercorre in modo completo ed approfondito il contributo delle tre grandi religioni monoteiste (Ebraismo, Cristianesimo e Islam) nella tutela del creato.

L'oggetto di questo lavoro monografico assume un rilievo del tutto significativo nell'attuale contesto sociale nel quale la logica di mercato legata alla massimizzazione del profitto tende a prevaricare sul benessere collettivo di cui è parte integrante anche la salubrità dell'ambiente naturale.

In questa prospettiva l'Autrice evidenzia nella prima parte il contributo che le religioni forniscono nell'orientare l'agire individuale in quest'ambito della vita sociale nel quale entrano in gioco anche i diritti delle nuove generazioni.

Del resto, come viene ben sottolineato, la rivincita del sacro ha forgiato il volto della società contemporanea, alimentando la diffusione di regole comportamentali di matrice religiosa, sostenute da un superiore sentimento di doverosità, alle quali è assegnato talvolta un rilievo prevalente rispetto al diritto di produzione statuale, sul quale le norme religiose hanno una rilevante incidenza (p. 65 ss.). Anche in materia ambientale emerge la dimensione normativa che ammanta tutte le religioni, le quali, nonostante le loro differenze, tendono ad orientare le scelte individuali delle persone consigliando, imponendo o vietando il compimento di una griglia di atti molto più ampia di quelli che si è solito definire come atti di culto.

Come rileva anche l'Autrice, non è immune a tale dinamica neanche il rapporto tra ambiente e diritto, nel quale etica ambientale e teologia della creazione forniscono un valido contributo anche per meglio delineare, in prospettiva del bene comune, i concetti giuridici di "sostenibilità" e "sviluppo". In ciò le religioni «hanno un ruolo centrale nel sostenere visioni della vita che orientano gli essere umani verso il mondo naturale e nell'articolare rituali ed etiche che guidano il loro comportamento», poiché «si trovano in una posizione privilegiata per contribuire a un cambiamento delle abitudini, delle pratiche e delle politiche sociali, nel rispetto della sostenibilità, portando ad un più ampio riconoscimento della responsabilità umana nella continuità della vita sul pianeta» (p. 38).

Il fondamento di questa attività è rintracciabile all'interno delle Sacre Scritture delle religioni monoteiste analizzate dall'Autrice, nelle quali emerge in modo costante l'invito ad una «responsabilità dell'uomo nei confronti del creato» (p. 41), la quale, nel contesto dell'attuale economica globale, rende urgente «l'elaborazione di una "nuova etica" che adotti il paradigma della conservazione come criterio di valutazione delle scelte, sia personali che sociali, fissando limiti precisi all'intervento dell'uomo sull'ambiente» (p. 46).

La seconda parte del Volume è dedicata al diritto ambientale nella prospettiva ebraica, evidenziando come «dalla *Torah* alla tradizione rabbinica, vi è una notevole sensibilità per la conservazione dell'ambiente» (p. 77), essendo presente all'interno dell'Ebraismo una tradizione di radicale rispetto dell'ambiente che trova il suo diretto fondamento nel legale tra popolo di Israele e natura e nella sacralità della terra (Esodo 3, 5).

Rafforza questa prospettiva la creazione dell'uomo a immagine e somiglianza di Dio, sostanziandosi anche a custode del creato nel rispetto dei limiti imposti per

volontà divina. A tale riguardo assumono rilevanza anche le norme che scandiscono il tempo (sabato, anno sabbatico e Giubileo), le quali «insegnano che il possesso dell'uomo sul mondo non è illimitato e assoluto» (p. 81). Del resto, l'Autrice evidenzia che la tutela dell'ambiente emerge in modo costante all'interno della normativa ebraica e pertanto l'agire del fedele che rispetta la *halakha* è contraddistinto da una «sensibilità ambientale molto evoluta» (p. 88).

Inoltre, all'interno del *Talmud* sono presenti una serie di aneddoti inerenti l'applicazione del *bal tashchit* anche per ciò che concerne il divieto di spreco delle risorse energetiche. In questa prospettiva assume un rilievo significativo il mutamento di prospettiva dei precetti ebraici in materie di tutela della biodiversità operando un cambiamento di rotta dal comando negativo del "non distruggere" all'impegno positivo di conservare e migliorare la qualità della vita e dell'ambiente naturale (p. 98 ss.).

Nella terza parte del Volume l'Autrice ripercorre il ruolo del Cristianesimo e l'evoluzione della tutela del diritto all'ambiente.

La Chiesa Cattolica, nell'ambito del proprio *munus docendi*, ha il dovere e il diritto nativo, anche con l'utilizzo di propri strumenti di comunicazione sociale, indipendentemente da qualsiasi umana potestà, di predicare il vangelo a tutte le genti. La sua missione è infatti ordinata alla salvezza di tutto l'uomo, da cui consegue che ciò che riguarda l'uomo, la sua personalità, la sua dignità, la sua salvezza integrale, rientra nel campo della missione da Cristo trasmessa alla Chiesa.

Sono molteplici i precetti in materia di tutela ambientale elaborati all'interno del Compendio di Dottrina Sociale della Chiesa, i quali, anche al fine di rendere più umana l'economia di mercato, finalizzata alla massimizzazione del profitto, tendono a condizionare in modo significativo l'agire del fedele, traducendo nei vari contesti della vita sociale il principio evangelico della responsabilità verso la salvaguardia del creato. L'invito ad costruire una ecologia umana emerge anche al'interno degli interventi dei Romani Pontefici, da Giovanni XXIII a Benedetto XVI, il quale nella Lettera enciclica *Caritas in Veritate* dedica alla tutela del creato i nn. 48-52 (p. 138).

La Chiesa esprime dunque il proprio giudizio morale sulle questioni ambientali, esercitando il proprio diritto nativo di annunciare sempre e ovunque i principi morali anche circa l'ordine sociale e così pure procedere ad un sindacato su qualsiasi realtà umana, qualora necessario per la tutela dei diritti fondamentali della persona umana o la salvezza delle anime. Da ciò consegue una estensione dell'alveo operativo del magistero della Chiesa oltre i confini della dimensione strettamente religiosa, la quale, in ragione della sua missione salvifica integrale, deve anche dichiarare e confermare con la sua autorità i principi dell'ordine morale, che scaturiscono dalla stessa natura umana.

Nel contesto del Cristianesimo l'Autrice analizza anche il diritto all'ambiente nella prospettiva del diritto canonico, l'attività internazionale della Santa Sede a sostegno dell'ambiente, il movimento ecumenico per la salvaguardia del creato, l'attività della Chiesa ortodossa e delle Chiese protestanti in materia ambientale.

L'ultima parte del Volume è dedicata alla tutela dell'ambiente nella prospettiva coranica, evidenziando come «nel diritto islamico l'ambiente, anche nei diversi modo con i quali esso è individuato, è disciplinato dai principi fondamentali che regolano la vita del musulmano e che attingono alle fonti principali» (p. 197). L'Autrice, evidenzia a tale riguardo che la parola Terra compare nel Corano 485 volte, per poi rilevare che la parola *Shari'a* significhi letteralmente "sorgente d'acqua".

In materia ambientale il Corano e gli *Hadith* appaiono costellati di proverbi e

precetti aventi ad oggetto la creazione e la responsabilità dell'uomo nella sua conservazione. Del resto, come ben evidenzia l'Autrice, l'Islam «ha elaborato un'etica ambientale completa, le cui linee guida si basano sui concetti di *Tawhid* (unità), *khilafa* (vicariato) e *akhirah* (responsabilità)» (p. 198).

Lo studio prosegue con l'analisi in prospettiva islamica di una serie di aspetti centrali per la tutela ambientale, tra i quali l'istituzione di aree naturali protette, la gestione delle risorse idriche, i movimenti ambientalisti di matrice islamica e il loro ruolo nella comunità internazionale.

Chiude il Volume l'analisi del diritto all'ambiente nelle Dichiarazioni islamiche sui diritti dell'uomo e nella Carta Araba, al fine di evidenziare ancora una volta come «le religioni possono portare a un più ampio riconoscimento della responsabilità umana nella continuità della vita sul pianeta e contribuire a far sì che questo lavoro di trasformazione sia portato a compimento» (p. 249).

Raffaele Santoro

MARIO TEDESCHI, *Impegno civile*, Collana "Diritto e Religioni", Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2014, pp. 5-406

Nei mesi scorsi, è uscito, per i tipi di Luigi Pellegrini, il volume "Impegno civile", del professor Mario Tedeschi, che ha dedicato parte assolutamente preponderante dei propri studi ai rapporti tra Stati e Chiese, nelle loro molteplici declinazioni. Il testo in commento raccoglie meritoriamente alcune decine di articoli, pubblicati tra il 1968 e il 1999, in special modo (ma non esclusivamente) sulla stampa quotidiana, per testate quali "la Gazzetta del Sud", "Il Mattino", "Rocca", "Il Soldo", "Centonove" e "Il Saper Fare". Come ha modo di ricordare lo stesso Autore, introducendo il lavoro (pp. 5-6), la scrittura di cui ha bisogno uno studio scientifico risponde a canoni e tecniche di grande pregio, ma che rischiano di restare all'attenzione di pochi cultori e a vantaggio di una riflessione ristretta. Per la carta stampata, si può agevolmente notare non solo come essa risulti, comunque sia, più letta e diffusa della manualistica scientifica, ma anche che la cifra stilistica chiara e ordinata che la contraddistingue va coltivata con pazienza, quando i temi di cui si tratta paiono agli stessi specialisti ambigui, ostici e contraddittori.

Per tali ragioni, è senz'altro utile potere leggere in successione gli articoli antologizzati nel volume. Tali articoli posseggono il nitore analitico che devono avere gli editoriali e il non occasionale approfondimento critico, mai fine a se stesso, che è tradizionalmente proprio degli elzeviri; riguardano, col ritmo del linguaggio giornalistico, temi di cultura giuridica, di politica del diritto (ad esempio, per gli specifici profili della politica concordataria in Italia, v. pp. 41-44, ma ancor prima: *Quale revisione?*, pp. 13-15) o particolari pubblicazioni a carattere storiografico o, ancora, questioni di larghissimo e profondo rilievo sociale (piace ricordare, attesane la rilevabile attualità, la riflessione dedicata alla crisi del movimento europeista, in occasione delle prime elezioni per il Parlamento Europeo, pp. 46-47). L'antologia, giustamente titolata "Impegno civile", insiste proprio su questi ambiti, dimostrandosi testimonianza in presa diretta di un trentennio di battaglie culturali, di riforme promesse e mai compiute, di disillusioni e nuovi motivi di speranza. Un trentennio lumeggiato dalla passione per la scrittura e da una concezione etica molto precisa della stampa e dell'informazione. La penna dello specialista si incontra con la pagina del giornale e si realizza un corposo diario collettivo, quasi sempre ostile alle facili strumentalizzazioni o alle, magari inconsapevoli, superficialità che sempre più spesso ha la pubblicistica di consumo. Alla riuscita ricerca dello

sguardo che individui la direzione più corretta, quand'anche sia la meno visibile, con gli strumenti dell'approfondimento e della lettura.

In questo senso, il volume di Tedeschi è contemporaneamente l'antologia di scritti brevi di un giurista, che porta anche nella brevità il suo metodo, i suoi temi, i suoi più sentiti ambiti di studio, e un lungo elenco di intuizioni che la società italiana avrebbe finito per dimostrare quali veridiche e, mano a mano, concrete, effettivamente accadute. Intuizioni, così, che resistono al tempo e non solo perché molti problemi di ieri sono comuni a quelli dell'oggi, e magari del domani (nonché, se si preferisce, la causa diretta di questi ultimi). Nel libro, si ripercorrono le inquietudini e le difficoltà del vissuto ecclesiale, ma più ampiamente del Paese, tra la fine degli anni Sessanta e per tutti gli anni Settanta, le tappe più importanti del Pontificato di Giovanni Paolo II (soprattutto a partire da pp. 63 e ss.), che ha ridisegnato del tutto – forse più del Concilio, ma in direzioni spesso diverse – la rappresentazione massmediologica della Chiesa ed anche delle religioni nel mondo, la stagione del malcontento per una codificazione canonica che ha dato meno di quanto era parsa sul punto di promettere. Per riprendere le lucide, ma positive, parole dell'A., "*come si vede, ciascuno di questi problemi appena profilati meriterebbe una trattazione a sé a riprova della vitalità della Chiesa cattolica e della sua apertura al mondo*" (p. 69).

Oltre a ciò, il libro si rivela particolarmente prezioso anche nella ricostruzione di due vicende che hanno impegnato per decenni tanto il legislatore, quanto la dottrina, con risultati che non possono profilarsi appaganti e definitivi. In prima istanza, come già si accennava, l'esigenza della revisione concordataria, che, manifestatasi in forme ancora marginali sin dall'entrata in vigore della Costituzione, fu poi realizzata oltre trent'anni dopo e attraverso una serie di bozze preparatorie non sempre messe a fuoco (v., soprattutto, pp. 71-73; ancor più criticamente, 141-142; per un primo bilancio pp. 209-215). In secondo luogo, l'irrisolto problema dell'insegnamento della religione nella scuola pubblica italiana, in merito al quale, grazie alla prosa sintetica ma efficace di Tedeschi, si possono passare in rassegna tutti i passaggi più controversi della disciplina, a cominciare dallo statuto giuridico degli insegnanti, le cui problematiche non risultano realmente sanate dalla l. n. 186/2003. Al di là del fatto che la stessa novella normativa abbia aumentato le incertezze, piuttosto che dissipare quelle previe, non sorprende che nell'etica dell'impegno civile, da cui ha origine l'idea di riunire gli articoli scelti in una raccolta, particolare rilievo abbiano proprio la formazione, la libertà e la conoscenza.

E non solo: l'impegno civile e la lungimiranza del giurista hanno altre occasioni di incontro nel volume di Tedeschi. Con circa vent'anni di anticipo su tante polemiche attuali, c'è spazio per riflettere sulla carenza di studi sui rapporti tra la mafia e la Chiesa: la carenza, nei decenni, è stata colmata sul versante numerico, ma ancora troppi contributi rinunciano alla sistematicità e alla critica (si veda, in proposito, uno degli editoriali più lunghi del volume, *Il fascino della medusa ovvero della mafia*, pp. 307-312, tra i più connotati anche sotto il profilo della presa di posizione che implicano e sviluppano); v'è modo di dedicare alcune pagine all'Islam (pp. 361-364), il cui statuto, a livello di realtà collettive e persone giuridiche, è stato superficialmente affrontato in Europa e in Occidente, lasciando aperte tutte le vertenze, fattesi oggi comprensibilmente più drammatiche. E c'è di più: alcuni contributi dedicati alla storia, alla cultura e alle arti siciliane, non occasionali osservazioni sul mondo del giornalismo in Italia – come nel penultimo scritto riprodotto nel volume, *Sulla funzione del giornalismo*, pp. 395-399 –, un tributo

appassionato ai grandi maestri della disciplina d'elezione di Tedeschi: Jemolo (pp. 295-298) e Ruffini (pp. 189-191). Con vera ammirazione e una capacità d'analisi che abbraccia per intero il *corpus* dei due grandi giuristi, ma anche con una sincera enucleazione dei limiti interpretativi che sono emersi nella rilettura del loro pensiero (per altro verso, non sempre assimilabile, anzi, eppure intrinsecamente nutrito da un'affine dedizione allo spirito delle ricerche e degli studi). Così, del primo, Tedeschi non nasconde affatto l'indole intrinsecamente pessimistica, aspetto che pure rischia sovente di restare inesplorato; del secondo, possono essere indicizzate e stigmatizzate quelle interpretazioni postume, a volte del tutto dimentiche delle strade, nei fatti, battute dal grande giurista italiano. L'impegno civile cui allude il titolo, allora, è sempre più non metà strada tra la coscienza e lo studio, ma il necessario filo conduttore di entrambi.

Domenico Bilotti

Gianmaria Zamagni, *Fine dell'era costantiniana Retrospettiva genealogica di un concetto critico*, Bologna, Il Mulino, 2012.

Ahi Costantin, di quanto mal fu matre
Non la tua conversion, ma quella dote,
che da te prese il primo ricco patre!
(Inf.XIX,115-117)

Scrive A. Melloni *In hoc signo – Introduzione* all'Enciclopedia costantiniana della Treccani (2013) :« il segno di Costantino è un ordigno storico irreparabilmente esploso, le cui schegge si sono conficcate ovunque in tutto quello che è la storia delle Chiese cristiane, senza eccezioni culturali o confessionali…».

Tenta di ispezionare alcune di queste schegge il saggio di Gianmaria Zamagni, che interviene sul tema della svolta costantiniana con una prospettiva del tutto originale, indagando sulla genealogia del fenomeno, delimitando lo sguardo al XX secolo e, in particolare, agli studiosi che hanno finalizzato la propria opera intellettuale – non senza ricevere amarezze e ostracismi sul piano personale –, per rimuovere e superare tale sistema di rapporti tra lo Stato e la Chiesa, per far uscire quest'ultima dal *mal di quella dote.* Sullo sfondo la svolta conciliare, la mancata rivoluzione promessa e la possibile convocazione di una nuova assise, che sappia recuperare il ritorno della *navicula Petri* dall'ascensione al ritorno di Gesù, con l'inflazionato quanto disimpegnativo criterio del *ritorno alle origini.*

Qualche esempio su detto criterio può essere illuminante : il diritto di libertà religiosa. Solo con il Concilio Ecumenico Vaticano II la Chiesa cattolica ha riconosciuto la libertà di coscienza come inderogabile diritto umano. Appena ieri, se l'osservazione viene parametrata alla svolta costantiniana, il diritto di libertà di coscienza veniva definito da Pio IX, nel *Syllabus* del 1864, «delirio», equivalente alla «libertà di perdizione». Ciò a significare che nella tradizione cattolica al riconoscimento della libertà religiosa non si perviene mediante il percorso dell'amore per la libertà, che potrebbe mettere in secondo piano la verità, quanto piuttosto, attraverso un processo molto più lungo – addirittura plurisecolare – per un profondo amore per la verità, che si fa consapevole di come essa non possa cercarsi se non liberamente. È un processo di conciliazione tra verità e libertà.

Quel che incuriosisce il lettore ecclesiasticista è la prospettiva iniziale del lavoro, che cerca di delimitare un tipo ideale di relazioni non tra la Chiesa cattolica e gli Stati, ovvero gli ordinamenti primari, bensì tra il potere spirituale cattolico e i «sovrani». Lo studioso coglie cioè l'aspetto squisitamente politico del fascino che il potere sacrale ha sempre avuto sul *Principe* per conquistare, mantenere o accrescere il potere, cioè la sovranità come forza impositiva. Con tale dinamica,

direbbe Koch, si ha la vittoria di Roma, dell'impero romano, non «di Nazaret sul Golgota».

Il genio politico di Costantino riuscì nell'impresa della metamorfosi della Croce : da simbolo di martirio e di redenzione in strumento utile di potere, per le autorità politiche e sacerdotali, per la sottomissione di corpi e di anime, per la sopravvivenza dell'Impero. Un soggetto politico avviato in un irreversibile processo di decomposizione. Da qui, dall'avvento della svolta costantiniana, l'istituzione politica viene definitivamente sottomessa al primato della teologia e della fede, essendo stato il politeismo pagano trasformato in un poderoso monoteismo trinitario.

Gli esempi offerti dalla storia sono innumerevoli, tanto da evitare di far riferimento a qualche caso specifico. Sembra che Zamagni voglia cogliere questo aspetto per denunziare la stortura operata dalla Chiesa in campo politico, l'accomodamento *last second* dei testi conciliari, la diffidenza e tal volta la messa al bando, addirittura con metodi da servizi segreti (*Sodalitium pianum),* sulle opere degli intellettuali più sagaci del novecento, come Chenu, Heer,, Gilson, Mounier, Maritain, Buonaiuti.

Proprio su quest'ultimo può focalizzarsi l'attenzione del lettore, sul sacerdote e sul ricercatore dotato di vivacità intellettuale sorprendente, per il quale nel compromesso tra trono e altare si consumò una delle più assurde ed eclatanti aberrazioni giuridiche : la retroattività delle disposizioni concordatarie.

Il Buonaiuti nella letteratura eccelsiasticistica è conosciuto per l'opera dello Jemolo, che traccia un bozzetto – di un'attrazione particolare – del carattere e della personalità dell'intellettuale, nella sua monumentale opera *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*. Si deve però al Fantappiè un medaglione ricco di umanità che traspare dai rapporti tra Jemolo e Buonaiuti; sul finire degli anni '90 il richiamato autore ha pubblicato l'epistolario tra Jemolo e Buonaiuti (a cura di C. Fantappiè, *Lettere di Ernesto Buonaiuti ad Arturo Carlo Jemolo.1921-1941*, edito dal Ministero dei Beni Culturali, 1997).

Zamagni non si distacca molto dalle considerazioni dello Jemolo, riproponendo il travaglio interiore dell'uomo, del sacerdote, prima ancora che dello studioso.

Se un rilievo può, però, essere mosso all'opera qui recensita è quello di aver omesso di tratteggiare l'opera di Luigi Sturzo, non solo in relazione al movimento modernista, ma soprattutto al rinnovamento della Chiesa, segnatamente ai rapporti di essa con gli Stati, in primo luogo con l'Italia.

È noto che il sacerdote di Caltagirone, politico e sociologo, non aderì mai alla corrente di pensiero del modernismo, pur nutrendo evidenti simpatie per il suo caro *don Ernesto*, che continuava a celebrare, nottetempo, pure dopo la riduzione allo stato laicale.

Sturzo, confermandosi ispiratore del movimento cattolico liberale, ha dedicato la propria opera, l'intera vita sacerdotale e dunque la sua personale vicenda umana, per inaugurare una nuova stagione nella sistematica dei rapporti tra Stato e Chiesa, in una visione socio politica completamente nuova e del tutto originale, che è stata in larga misura ripresa e plasmata dal Concilio Ecumenico Vaticano II.

L'insegnamento sturziano si concreta in questo : lo Stato è un'entità politica distinta dalla Chiesa; la realizzazione dello Stato cristiano è un programma inutile, deleterio e dannoso per la stessa Chiesa. Occorre l'aspirazione allo Stato cristiano, favorita da un ruolo di testimonianza dei cattolici nella vita pubblica e del ruolo del laicato nell'ambito della Chiesa. Il modello dello Stato cristiano, in definitiva, finisce per tradire i due elementi che si propone di coniugare: in primo luogo il pluralismo dei valori, reso possibile dalla neutralizzazione dei conflitti religiosi ed

in secondo luogo l'idea di cristianesimo come religione della libertà e dell'amore.

In chiusura possiamo dire che non è possibile mettere nella penna dell'autore ciò che egli stesso non ha voluto tratteggiare, ma resta evidente che, secondo una metodica completa non può parlarsi di modernismo se non secondo una triangolazione quasi sempre sottaciuta: Buonaiuti, Sturzo, Roncalli.

Il merito dell'opera qui recensita va comunque riconosciuto nel fatto che l'indagine sulla vita e sui problemi degli uomini in un dato periodo storico, costituisce un prezioso scaffale di risorse intellettuali, un grande deposito di pensieri, che possono essere ancora rivisitati, soprattutto di esperienze che possono essere ancora vissute. Studiare il passato per rispondere agli interrogativi del presente.

Luigi Barbieri